

Beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven § 43



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 548
Leveringsfrist: 25.november 2011

Til sammen 17759 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

1	AVHANDLINGENS TEMA	1
1.1	Presentasjon av hovedproblemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.2.1	Overtredelsesgebyr og Grunnloven § 96	2
1.2.2	EU-/EØS-rettslige problemstillinger	3
1.3	En metodisk bemerkning - forvaltningspraksis	4
1.4	Videre fremstilling	6
2	BAKTEPPET: DET TOSPORETE HÅNDHEVINGSSYSTEM, SANKSJONSSYSTEMET I MARKEDSFØRINGSLOVEN OG BEVISKRAV	6
2.1	Det tosporete håndhevingssystem	6
2.2	Sanksjonssystemet i markedsføringsloven	7
2.2.1	Oversikt over reaksjons- og sanksjonsmulighetene i tilsynssporet	7
2.2.2	Fremveksten av sanksjonsformen overtredelsesgebyr	8
2.2.3	Markedsføringsloven § 43	9
2.2.3.1	Vilkår	9
2.2.3.2	Rettsvirkninger	11
2.2.3.3	Hvem kan ilegges overtredelsesgebyr?	12
2.2.3.4	Kort om forholdet mellom lovens håndhevingsmyndigheter	13
2.3	Beviskrav	13
2.3.1	Innledning	13
2.3.2	Det aletiske, det epistemiske og det psykologiske nivået	14
2.3.3	Hvilke beviskrav kan bestemmelsen i mfl. § 43 tenkes å romme?	15
2.3.4	Kort om “robusthetsdimensjonen”	17
2.4	Oversikt over den videre fremstilling	18

3	BEVISKRAV VED ILEGGELSE AV OVERTREDELSESGEBYR ETTER MFL. § 43: HVILKE SLUTNINGER FØLGER AV DE RENT INTERNE NORSKE RETTSKILDEFAKTORENE?	19
3.1	De kryssende hensyn	19
3.1.1	Hensyn som taler for et krav om sannsynlighetsovervekt	19
3.1.1.1	Effektivitet	19
3.1.1.2	Gir flest riktige avgjørelser på sikt?	20
3.1.2	Hensyn som taler for et skjerpet beviskrav	21
3.1.2.1	Rettssikkerhet	21
3.2	Ordlyden og forarbeidene i tilknytning til den	21
3.2.1	Særlig om henvisningen til konkurranse-loven og dens forarbeider	22
3.3	Praksis	27
3.3.1	Innledning	27
3.3.2	Rettspraksis	27
3.3.3	Markedsrådspraksis	32
3.4	Foreløpig oppsummering	34
4	EMK ARTIKKEL 6 – KRAVET TIL RETTFERDIG RETTERGANG OG USKYLDSPRESUMSJONEN	41
4.1	Innledende bemerkninger	41
4.1.1	Litt om norske rettsanvenderes fortolkning av EMK	42
4.1.2	Kort om bestemmelsens innhold og formål	42
4.1.3	Vedtak om overtredelsesgebyr – forholdet til EMK artikkel 6	45
4.2	Praksis i tilknytning til EMK artikkel 6	46
4.2.1	Kan det utledes et krav til bevisets styrke etter EMK art. 6 nr. 2?	46
4.2.2	Oppstiller EMK art. 6 nr. 2 bestemte krav til bevisets styrke?	49
5	AVSLUTNING	53
6	REGISTRE	55

1 Avhandlingens tema

1.1 Presentasjon av hovedproblemstilling

Markedsføringsloven (mfl.) trådte i kraft 1. juni 2009. Et av formålene med den nye loven var å gjennomføre direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis.

Lovens materielle innhold svarer i det vesentlige til markedsføringsloven fra 1972, men det ble også gjort enkelte endringer og tilpasninger. Blant disse endringene var innføringen av en ny bestemmelse om overtredelsesgebyr.

Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med Sanksjonsutvalgets utredning. Dets mandat var å foreta en “grunnleggende gjennomtenkning av hvordan det bør reageres mot lovbrudd”, og “utrede hvilke sanksjoner som etter omstendighetene kan være mer effektive enn straff”.¹ Utvalget foreslo at en større del av håndhevingen burde skje utenfor straffesporet; dette ville bringe oss “fra bot til bedring”, mente utvalget.

Da Barne- og likestillingsdepartementet sendte forslag til ny markedsføringslov på høring i 2006, ble det derfor foreslått å effektivisere Forbrukerombudets håndheving på noen punkter.² Forslaget resulterte i ny bestemmelse om overtredelsesgebyr i mfl. § 43, som lyder slik:

- (1) Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første ledd eller § 20 annet ledd, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale.
- (2) Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger.
- (3) Overtredelsesgebyret forfaller til betaling fire uker etter at vedtaket er fattet. Endelig vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg.
- (4) Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr.

¹ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring*.

² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) s. 149 flg. og 161-162.

I forbindelse med innføring av overtredelsesgebyr på markedsføringsrettens område, oppstod det bl.a. spørsmål om hvilket beviskrav som skulle gjelde.³ Departementet foreslo at det alminnelige overvektsprinsippet i sivile saker skulle gjelde, og loven ble vedtatt i samsvar med det.⁴ Det er imidlertid et spørsmål om dette utgangspunktet lar seg forene med det øvrige rettskildebildet. Avhandlingens hovedproblemstilling er derfor følgende: *Hvilket beviskrav gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43?*

1.2 Avgrensning

1.2.1 Overtredelsesgebyr og Grunnloven § 96

Grunnloven (Grl.) § 96 første punktum lyder slik:

“Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.”

Bestemmelsen må sees i lys av maktfordelingsprinsippet.⁵ Andre del av første punktum oppstiller et krav om at straff skal ilegges ved dom, og verner derfor borgerne mot at straff ilegges administrativt av den utøvende makt. Dersom en sanksjon anses som straff i Grunnlovens forstand, er domskravet i utgangspunktet absolutt.⁶ Dermed oppstår det et spørsmål om hva som ligger i begrepet *straff*.

Det er vanlig å skille mellom formell og materiell straff. Med formell straff menes de sanksjoner som straffelovgivningen selv regner som straff, jf. straffeloven (strl.) 1902 § 15 og straffeloven (strl.) 2005 § 29. Med materiell straff menes også andre sanksjoner som tjener pønale formål, uavhengig av om slike sanksjoner er definert som straff i straffeloven. Inngrep som ikke tar sikte på å være et onde for lovovertrederen, faller utenfor det materielle straffebegrepet.⁷ Det er antatt at Grl. § 96 bygger på et

³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 162.

⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 163, Innst. O. nr. 20 (2008-2009) s. 26.

⁵ Strandbakken, *Grunnloven § 96* s. 167.

⁶ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 54. – Jeg nevner for ordens skyld at bestemmelsen aldri har vært ansett å være til hinder for at borgerne *frivillig* kan vedta straff uten dom, jf. Strandbakken, *Grunnloven § 96* s. 187. Straffeprosessloven (strprl.) kapittel 20 om forelegg – som bare gjelder bot og inndragning – er derfor ikke ansett for å være i strid med Grunnloven.

⁷ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* s. 397.

materielt straffebegrep.⁸ Hva som anses som straff etter Grunnloven, beror derfor ikke på navnet, men på *realiteten*. Lovgiver kan derfor ikke komme utenom Grl. § 96 ved bruk av forskjønnende omskrivninger.⁹

Overtredelsesgebyr regnes ikke som formell straff, jf. strl. § 15. Ved vedtagelsen av ny markedsføringslov ble mfl. § 43 vurdert til å gå klar av domskravet i Grl. § 96.¹⁰ I ettertid har det imidlertid blitt reist spørsmål ved om ordningen med overtredelsesgebyr lar seg forene med domskravet i Grl. § 96. Sivilombudsmannen kom frem til at det knyttet seg “begrunnet tvil” til om overtredelsesgebyret som ble ilagt etter akvakulturloven var straff etter Grl. § 96.¹¹ Problemstillingen er derfor aktuell ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven, men det vil falle utenfor rammene av denne avhandlingen å ta nærmere stilling til dette. Det avgrenses derfor mot spørsmålet om Grl. § 96 er til hinder for administrativ illeggelse av overtredelsesgebyr.

1.2.2 EU-/EØS-rettslige problemstillinger

Norge og de øvrige EFTA-statene er gjort til en del av EUs indre marked gjennom EØS-avtalen. Avtalen rommer regler som ikke bare skal sikre fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital, men også felles konkurransevilkår for næringslivet.¹²

Det følger av mfl. § 4 første ledd at markedsføring som skjer fra utlandet, og som får virkning i Norge, i utgangspunktet er underlagt reglene i markedsføringsloven. Dette gjelder likevel bare “med de begrensinger som følger av annen lovgivning”, jf. § 4. De alminnelige bestemmelsene om fri bevegelighet av varer og tjenester som følger av EØS-avtalen, kan etter omstendighetene begrense adgangen til å gjøre reglene i markedsføringsloven gjeldende overfor virksomheter som er etablert i Norge eller i andre EØS-stater.¹³ I et slikt tilfelle kan det stilles spørsmål ved om regler om eller illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43, kan utgjøre en *restriksjon* i den frie

⁸ Strandbakken, *Grunnloven* § 96 s. 168, pkt. 2.2.1.

⁹ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* s. 397.

¹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 163.

¹¹ Somb-2009-92 s. 369.

¹² Sejersted m.fl., *EØS-rett* s. 21.

¹³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 190.

bevegelighet for varer og tjenester. I så fall er tiltaket bare tillatt dersom det er egnet (tjener et tillatt formål), nødvendig og forholdsmessig i snever forstand. Hvis et tiltak er opprinnelsesbestemt (i den forstand at det utelukkende retter seg mot tiltak fra bestemte land) kan det bare begrunnes i et av de formålene som EØS-avtalen selv nevner. Er tiltaket opprinnelsesnøytralt, kan det anvendes også der andre tvingende hensyn¹⁴ tilsier det.¹⁵

Mfl. § 47 første ledd inkorporerer forordningen om forbrukervernsamarbeid.¹⁶ Forordningen inneholder en katalog over håndhevingsvirkemidler, og et av kravene er at myndighetene skal kunne ilegge økonomiske sanksjoner.¹⁷ Dersom illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 skjer innenfor rammen av dette regelverket, taler det for at sanksjonen heller ikke vil anses som en restriksjon. På den andre siden følger reglene av sekundærlovgivningen og ikke av EØS-avtalens hoveddel. Det kan dermed i prinsippet reises spørsmål ved om forordningen fullt ut lar seg forene med EØS-avtalens hoveddel.¹⁸ Det faller utenfor rammene for denne avhandlingen å gå nærmere inn på det. Av plasshensyn velger jeg også å avgrense mot andre EU-/EØS-rettslige spørsmål som kan oppstå ved fastleggelsen av beviskravet for illeggelse av overtredelsesgebyr, herunder forholdet til ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.

1.3 En metodisk bemerkning - forvaltningspraksis

Avhandlingen tar sikte på å avklare hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43. I den forbindelse vil jeg legge en viss vekt på forvaltningspraksis, nærmere bestemt avgjørelser fra Markedsrådet.

Markedsføringsloven håndheves i første rekke av lovens tilsynsorgan, Forbrukerombudet. Markedsrådet er Forbrukerombudets overordnede organ i saker om

¹⁴ Departementet fremhever forbrukerhensyn som et slikt tvingende hensyn, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 190.

¹⁵ Sejersted m.fl., *EØS-rett* s. 293 flg.

¹⁶ Forordning 2006/2004/EF.

¹⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 156.

¹⁸ Sejersted m.fl. *EØS-rett* s. 232.

anvendelsen av markedsføringsloven.¹⁹ Dets praksis får derfor stor betydning for Forbrukerombudets håndheving av regelverket. Vedtak etter markedsføringsloven kan overprøves av domstolene, men det hører til sjeldenhetene at det skjer. Et søk i Lovdata i alle instanser med søkeordet “Markedsrådets vedtak” støtter denne antakelsen;²⁰ bare ett vedtak etter mfl. 2009 har vært til gjenstand for domstolsbehandling.²¹ Seks vedtak er behandlet etter mfl. 1972, herunder ett i Høyesterett.²² Hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43, har derfor ikke fått noen nærmere avklaring i rettspraksis med direkte tilknytning til denne bestemmelsen.²³

Spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder, har imidlertid vært oppe for behandling i Markedsrådet. I den forbindelse oppstår det spørsmål om hvor stor vekt slik praksis kan eller bør tillegges.

Den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis beror antakelig på en samlet vurdering av flere forhold.²⁴ Bernt fremhever særlig fem momenter: organets plass og rolle i forvaltningen, typen saksbehandling, grad av presedenstrohet, i hvilken utstrekning den aktuelle praksis blir kjent og legges til grunn av underordnede organer og allmennheten samt rettsspørsmålets karakter.²⁵

¹⁹ Jf. forskrift 5. juni 2009 nr. 588 om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv. § 2 tredje ledd.

²⁰ Det må for øvrig tas et forbehold om at andre søkeord kan gi flere treff.

²¹ Denne avgjørelsen gir foreløpig ikke treff i Lovdata, da avgjørelsen er anket videre til Borgarting lagmannsrett (saken gjelder gyldigheten av Markedsrådets forbudsvedtak). Sak om erstatning på objektivt grunnlag som følge av ugyldig forbudsvedtak fattet av Forbrukerombudet behandles i Oslo tingrett mars 2012.

²² Rt-2006-1348. Saken gjaldt gyldigheten av Markedsrådets forbudsvedtak.

²³ Det faktum at bestemmelsen er forholdsvis ny av dato spiller nok en rolle her. Som jeg kommer til, gir imidlertid rettspraksis fra beslektede områder en viss veiledning.

²⁴ Bernt, *Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk* s. 274 flg.

²⁵ Bernt, *Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk* s. 274 flg.

Markedsrådet er et domstolsliknende forvaltningsorgan med stor faktisk og rettslig uavhengighet i forhold til sentralforvaltningen.²⁶ Rådet er sammensatt av personer med markedsrettslig og markedsføringsfaglig kompetanse, som dessuten har erfaring med behandling av markedsføringsrettslige tvister. Dette taler for at praksis derfra bør tillegges en viss vekt.²⁷

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingens del 2 vil redegjøre på generelt grunnlag for temaer og begreper som er av betydning for avhandlingens hovedproblemstilling. Del 3 tar utgangspunkt i de rent interne²⁸ norske rettskildefaktorene og hva som kan utledes fra dem. I del 4 redegjøres det nærmere for spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 oppstiller et krav til bevisets styrke. Del 5 oppsummerer hovedfunnene i avhandlingen, og gir en endelig konklusjon på avhandlingens problemstilling.

2 Bakteppet: Det tosporete håndhevingssystem, sanksjonssystemet i markedsføringsloven og beviskrav

2.1 Det tosporete håndhevingssystem

Reguleringslovgivningen er i stor utstrekning straffesanksjonert, og åpner for at lovovertrедelser kan møtes med reaksjoner fra to hold. Håndhevingen skjer dermed langs et tosporet system, hvor det ene sporet er forvaltningsrettslig (tilsynssporet) og det andre straffeprosessuelt (straffesporet).

²⁶ Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind 1* s. 31.

²⁷ Lunde m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 32. Forfatterne har for sin del gitt uttrykk for at praksis herfra bør tillegges omtrent samme vekt som underrettspraksis, men etter mitt syn er dette å gå for langt.

²⁸ EMK er riktignok intern norsk rett som følge av inkorporeringen i menneskerettsloven (mnskr.) § 2 nr. 1. Min språkbruk bygger på det syn at folkeretten og norsk rett kan oppfattes som to selvstendige rettssystemer. Flere bygger på en slik terminologi, se f.eks. Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 99 fotnote 364.

Selv om overtredelser av reguleringslovgivningen i prinsippet kan møtes med både sivilrettslige og strafferettslige sanksjoner (innenfor de rammer EMK P7-4²⁹ setter), skjer hovedtyngden av håndhevingen i tilsynssporet.

I tilsynssporet kan lovbrudd møtes på en rekke forskjellige måter. Et hovedskille går mellom de reaksjoner som er rent forvaltningsmessig begrunnet, f.eks. et pålegg om stansing eller retting av det ulovlige forhold, og de sanksjoner som tjener pønale formål, f.eks. et overtredelsesgebyr.

2.2 Sanksjonssystemet i markedsføringsloven

2.2.1 Oversikt over reaksjons- og sanksjonsmulighetene i tilsynssporet

Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever markedsføringsloven³⁰ i tilsynssporet, jf. mfl. § 32 første ledd. Markedsrådets kompetanse fremgår av mfl. § 38.

Forbrukerombudets tilsynsområde følger av mfl. § 34, hvor første ledd angir hvilke bestemmelser det skal føres tilsyn med, mens annet ledd fremhever at tilsynet skal skje ut i fra *forbrukerhensyn*.³¹

Forbrukerombudets vedtakskompetanse følger av mfl. § 37, men saksbehandlingen baseres i utgangspunktet på en såkalt *forhandlingsmodell*, jf. mfl. § 35.

Forbrukerombudet skal derfor primært arbeide for at de næringsdrivende inngår en *frivillig ordning* om at den ulovlige praksisen skal opphøre. Forhandlingsmodellen gjelder ikke bare hvor det er konstatert lovbrudd, men også i fasen forut for lovstrid.³² Virkemidlene under forhandlingsmodellen vil typisk være dialog, forhandlinger og informasjonsvirksomhet.

I visse tilfeller trenger ikke Forbrukerombudet å søke å oppnå frivillig ordning, jf. mfl. § 36, som oppstiller unntak fra forhandlingsmodellen.

²⁹ EMK med tilleggsprotokoll nr. 7 art. 4 gjelder som norsk lov, jf. mnskr. § 2 nr. 1 bokstav d. Bestemmelsen forbyr gjentatt forfølgning for samme forhold.

³⁰ Med unntak av lovens kapittel 6.

³¹ Det følger av mfl. § 34 annet ledd annet og tredje punktum at mer spesifikke hensyn skal vektlegges ved tilsyn etter § 2 annet ledd og § 10 med forskrifter.

³² Lunde mfl. *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 199.

De ulike typer reaksjoner og sanksjoner som kan ilegges i tilsynssporet, følger av mfl. § 39 første ledd bokstav a til d:

“Forbrukerombudet eller Markedsrådet kan, dersom de finner at inngrep tilsies av hensyn som nevnt i § 34 annet ledd, fatte enkeltvedtak om

- a) forbud etter § 40
- b) påbud etter § 41
- c) tvangsmulkt etter § 42
- d) overtredelsesgebyr etter § 43”

For å sikre at forbuds- og påbudsvedtak etter §§ 40 og 41 overholdes, skal det som hovedregel fastsettes en tvangsmulkt etter § 42. Tvangsmulkt betraktes som en *betinget* sanksjon, da mulkten bare vil utløses ved eventuelle brudd på det aktuelle vedtaket.³³

I det følgende rettes fokus mot sanksjonsformen overtredelsesgebyr.

2.2.2 Fremveksten av sanksjonsformen overtredelsesgebyr

I boken *Forvaltningssanksjoner* tar Berg for seg opprinnelseshistorien til det han kaller “administrative bøter”.³⁴ Det som gjerne får betegnelsen overtredelsesgebyr i dag, så dagens lys allerede i 1967 i form av en gebyrordning for parkeringsovertredelser.³⁵ I Bergs terminologi representerer denne typen sanksjon en forvaltningsbot *uten tilknytning* til en primær betalingsforpliktelse.³⁶ En noe mer rotfestet sanksjonsform fantes allerede, men i form av et *tillegg* til en *eksisterende* betalingsforpliktelse, f.eks. tilleggsskatt.³⁷

Til tross for at lovgivningen unntaksvis har åpnet for å ilegge forvaltningssanksjoner, er det først i nyere tid at forvaltningens adgang til å sanksjonere lovovertrедelser har blitt mer fremtredende.³⁸

³³ Lunde m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 214.

³⁴ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 111 flg. Administrative bøter utgjør “forvaltningssanksjoner” i Stubs terminologi, se *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 16.

³⁵ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 117.

³⁶ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 106.

³⁷ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 111 flg.

³⁸ Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 16-17.

Under arbeidet med sin doktorgradsavhandling foretok Stub et søk i Lovdata som viste at det i 2010 fantes 24 lovbestemmelser som hjemlet ileggelse av overtredelsesgebyr, og fire lovbestemmelser som hjemlet lovbrotsgebyr.³⁹ Ekomloven § 10-13 hjemler “overtredelsesbot”.⁴⁰ Hele 20 av disse lovbestemmelsene har kommet i løpet av det siste tiåret. Siden Stub foretok sitt søk har fire nye lovbestemmelser om overtredelsesgebyr trådt i kraft.⁴¹ I tillegg har Stortinget ferdigbehandlet tre andre lovsaker som innfører overtredelsesgebyr som sanksjonsform.⁴² Dette viser at stadig flere særlover på forvaltningsrettens område nå hjemler ileggelse av forvaltningssanksjoner.

Som nevnt har Sanksjonsutvalget foreslått at en større del av håndhevingen bør skje utenfor straffesporet. Utvalget har anbefalt at bruken av straff bør begrenses, bl.a. ut fra det syn at det ikke bør reageres strengere i den enkelte sak enn det overtredelsen tilsier.⁴³ Dersom forslagene fra utredningen følges opp, er det god grunn til å tro at adgangen til å ilegge forvaltningssanksjoner vil fortsette å øke.⁴⁴

2.2.3 Markedsføringsloven § 43

2.2.3.1 Vilkår

Det grunnleggende vilkår for at Forbrukerombudet eller Markedsrådet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr følger ikke av mfl. § 43, som hjemler ileggelse av overtredelsesgebyr, men av mfl. § 39 første ledd, som lyder slik:

“Forbrukerombudet eller Markedsrådet kan, dersom de finner at *inngrep tilsies av hensyn som nevnt i § 34 annet ledd*, fatte enkeltvedtak om [...]” (min kursivering).

³⁹ Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 17, fotnote 63 og 64.

⁴⁰ Sanksjonsformen er tilsvarende andre lovbestemmelser om overtredelsesgebyr, jf.

Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) om lov om endringer i lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) s. 39 flg.

⁴¹ Sivilbeskyttelsesloven § 36, edelmetalloven § 10, legemiddeloven § 28 og lov om merking av forbruksvarer m.v. § 10.

⁴² Folkehelseloven § 17 (i kraft 1. januar 2012), lov om endringer i politilova m.m. endrer politiloven § 14; nytt tredje ledd gir kommunen, eller dets utpekte, adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved overtredelse av de kommunale vedtektene (ikke i kraft) og elsertifikatloven § 26 (ikke i kraft).

⁴³ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 160.

⁴⁴ Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 17.

Vilkåret⁴⁵ er først og fremst tatt med for å avgrense mot f.eks. hensynet til næringsdrivende, og er ikke ment å stille kvalifiserende krav til terskelen for inngrep.⁴⁶ Av de hensyn som nevnes i mfl. § 34 annet ledd, er “hensynet til forbrukerne” ansett for å være det klart viktigste i praksis.⁴⁷

En forutsetning for å ilegge overtredelsesgebyr er at det foreligger en *overtredelse* av de bestemmelser som er listet opp i mfl. § 43 første ledd. Bestemmelsen lyder som nevnt slik:

“Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første ledd eller § 20 annet ledd, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale.”

De aktuelle bestemmelsene i mfl. § 43 er for øvrig så vidt sammenfallende med de tilfeller hvor det ikke er nødvendig for Forbrukerombudet å forsøke frivillig ordning, jf. mfl. § 36 første ledd. Overtredelse av lovens øvrige bestemmelser, herunder forbuds- eller påbudsvedtak etter mfl. §§ 40 og 41, gir ikke grunnlag for vedtak om overtredelsesgebyr, men tvangsmulkt, jf. mfl. § 42.⁴⁸

Departementet har valgt å sanksjonere lovbestemmelser som inneholder konkrete og objektive kriterier, og utelatt de mer generelle og skjønnsmessige bestemmelsene.⁴⁹ Dette av hensyn til de næringsdrivende, som dermed kan *forutberegne* en sanksjon fra forbrukermyndighetene ved grove eller gjentatte overtredelser.⁵⁰ Det er vel kanskje mer nærliggende å si at den næringsdrivende kan forutberegne *grensen for det lovlige*, enn

⁴⁵ Alternativt kunne man sett bestemmelsen i § 39 første ledd som en lovfestet retningslinje for utøvelsen av “kan” skjønnnet i mfl. § 43.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 211.

⁴⁷ Lunde m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 207.

⁴⁸ Konkurranseloven (krrl.) § 29 hjemler også ileggelse av overtredelsesgebyr ved overtredelse av vedtak truffet i medhold av loven.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 151 og 162. Bestemmelsene av mer skjønnsmessig karakter er f.eks. §§ 7,8 og § 22. Her er forhandlingsmodellen mer aktuell.

⁵⁰ Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 162.

selve sanksjonen.⁵¹ Uttalelsen er i så fall i tråd med de hensyn som legalitetsprinsippet hviler på. Før øvrig vil klare lovbestemmelser også gjøre det enklere å avklare når lovbestemmelsen er overtrådt i det konkrete tilfellet.

De aktuelle lovbruddene må være av *kvalifisert art*, jf. at overtredelsen må enten være *vesentlig*, eller ha skjedd *gjentatt*.⁵² Grensen mellom “simpel” og “vesentlig” overtredelse må trekkes i praksis.⁵³ Bestemmelsen oppstiller også subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. at overtredelsen må ha skjedd *forsettlig* eller *uaktsomt*.

2.2.3.2 Rettsvirkninger

Ileggelse av overtredelsesgebyr representerer en *betalingsforpliktelse*.

Sanksjonsutvalget har fremhevet at sanksjonstypen har klare likhetstrekk med bøtestraff.⁵⁴

I mfl. § 43 annet ledd gis det retningslinjer for utmålingen av overtredelsesgebyr: “Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger”. Oppregningen er ikke ment å være uttømmende.⁵⁵ Bestemmelsen forutsetter at utmålingen skal skje etter en *konkret vurdering*⁵⁶ i det enkelte tilfelle, og som overordnet prinsipp bør overtredelsesgebyr “settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd”.⁵⁷ Forskriftshjemmelen som gir adgang til å gi

⁵¹ Hvorvidt sanksjonen er forutberegnelig vil avhenge av flere forhold: 1) om loven er klar med hensyn til grensen for det lovlige, 2) hvorvidt adgangen til å ilegge gebyr vil bli brukt og 3) hvor stort gebyr som i tilfelle vil bli ilagt.

⁵² Vilkårene er alternative. Om forståelsen av dem, se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

⁵³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

⁵⁴ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 64.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

⁵⁶ Enkelte lover hjemler tilnærmet standardiserte utmålingsregler, se f. eks. forskrift 29. mars 2007 nr. 361 om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven § 10. En standardisert utmålingsregel som ikke gir rom for konkrete vurderinger, “understreker overtredelsesgebyret pønale preg”, jf. Somb-2009-92 s. 367.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr, jf. bestemmelsens fjerde ledd, er hittil ikke benyttet.

2.2.3.3 Hvem kan ilegges overtredelsesgebyr?

Markedsføringsloven gjelder handlinger foretatt i næringsvirksomhet. Mfl. § 5 bokstav b inneholder en legaldefinisjon av “næringsdrivende”:

“[...] en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne”.

Utgangspunktet er derfor at et vedtak om overtredelsesgebyr kan rette seg mot både fysiske og juridiske personer, så lenge vedkommende *utøver*⁵⁸ næringsvirksomhet. At overtredelsesgebyr etter mfl. også kan ilegges fysiske personer skiller seg fra f.eks. ordningen i konkurranseloven, hvor det bare er foretak som kan ilegges overtredelsesgebyr, jf. krrl. § 29, jf. § 2.

Vedtak kan også rettes mot *medvirkere*,⁵⁹ jf. mfl. § 39 tredje ledd. Ansvarer omfatter både fysiske og juridiske personer.⁶⁰ Medvirkningsansvaret kom inn i loven av 1972 samtidig som tvangsgebyrordningen,⁶¹ og åpnet for at vedtak kunne rettes mot nærmere angitte personer i en virksomhet, uavhengig av selskapsrettslig organisering eller formell tilknytning. Bestemmelsen i mfl. § 39 tredje ledd er i utgangspunktet en videreføring av tidligere rett,⁶² men enkelte presiseringer av ansvaret følger nå av forarbeidene til 2009 loven. F.eks. er det presisert at vedtak kan rettes utelukkende mot personer som har medvirket til overtredelse av loven, uten at vedtaket samtidig rettes mot et firma.⁶³ Vedrørende begrunnelsen for dette, fremhevet Forbrukerombudet at det har sett eksempler på saker hvor det i realiteten ikke har eksistert noe firma, men kun et

⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 190-191 om hva som ligger i dette begrepet.

⁵⁹ Unntatt er vedtak mot reklame i strid med kringkastingsloven § 3-1 annet ledd og forskrifter gitt i medhold av kringkastingsloven § 3-1 fjerde ledd. Underordnet personale kan til en viss grad unntas fra medvirkningsansvaret, jf. henvisningen til mfl. § 48 femte ledd.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212.

⁶¹ Se Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) om lov om endringer i lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår. Tvangsgebyr er i dag “tvangsmulkt” etter mfl. 2009.

⁶² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 211.

⁶³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212.

fiktivt firmanavn, og at det i slike tilfelle er nødvendig å kunne fatte vedtak utelukkende mot de medvirkende personene.⁶⁴

2.2.3.4 Kort om forholdet mellom lovens håndhevingsmyndigheter

Det er grunn til å knytte noen bemerkninger til forholdet mellom Forbrukerombudet og Markedsrådet. Som hovedregel behandler ikke Markedsrådet saker på eget initiativ, jf. mfl. § 38 første ledd første og annet punktum som uttrykkelig forutsetter at sakene *bringes inn* for Markedsrådet, enten av Forbrukerombudet eller andre. Selv om Markedsrådet ikke behandler saker ex officio, er det likevel rådet som innehar den alminnelige vedtakskompetansen som førsteinstans,⁶⁵ i alle fall formelt sett. I forarbeidene anses Forbrukerombudets vedtakskompetanse for å være avledet og begrenset til unntakstilfelle.⁶⁶ Forarbeidenes fremstilling av Forbrukerombudets kompetanse som subsidiær må likevel korrigeres noe; i praksis treffes de fleste vedtak av Forbrukerombudet i første hånd.⁶⁷ De fleste saker som nødvendiggjør vedtak treffes nemlig på bakgrunn av at “Forbrukerombudet antar at det vil medføre ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak”, jf. mfl. § 37 første ledd. I såkalte “hastesaker” trenger derfor ikke Forbrukerombudet avvente Markedsrådets vedtak.⁶⁸

2.3 Beviskrav

2.3.1 Innledning

Jus og faktum henger nøye sammen, og den som skal avgjøre et konkret rettsspørsmål, kan ikke nøye seg med å ta stilling til jussen – han må også avklare hvilke faktiske forutsetninger som skal legges til grunn for avgjørelsen.⁶⁹

⁶⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 144. I høringsnotatet ble det imidlertid foreslått å endre vedtakskompetansen slik at Forbrukerombudet regulært kunne fatte vedtak som førsteinstans. Departementet kom til at den dagjeldende ordningen i stedet skulle videreføres, se s. 143-144.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 143-144.

⁶⁷ Lunde m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 204

⁶⁸ Forutsetter at det ikke er oppnådd frivillig ordning, jf. mfl. § 35 tredje ledd. Se likevel mfl. § 36 om tilfeller hvor det ikke er nødvendig å forsøke frivillig ordning.

⁶⁹ Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten* s. 628.

Det faktiske grunnlaget i saken etableres ved hjelp av *bevis*. *Bevisvurdering* betegner rettsanvenderens vurdering av de bevisene som fremlegges.⁷⁰ Dersom faktum fremstår som helt sikkert, legges dette til grunn – uansett hva beviskravet måtte være.⁷¹ I mange tilfeller foreligger det imidlertid *tvil* om faktum, og det er nettopp i tvilssituasjonene at det oppstår et spørsmål om hvilket *beviskrav* som gjelder.

Betegnelsen “beviskrav” brukes på forskjellige måter i den juridiske teori. Kolflaath skriver at i norsk bevisrett og bevisteori brukes betegnelsen “om det som kreves av bevisene for at et påstått faktum skal legges til grunn”.⁷² Graver formulerer det som et spørsmål “om hvilken grad av sannsynlighet som skal foreligge for at et visst faktum anses bevist”.⁷³

Ikke sjeldent vil det kunne oppstå tvil om faktum når forvaltningen skal treffe en avgjørelse. Det er imidlertid ikke vanlig å problematisere om og i hvilken utstrekning det gjelder egne beviskrav i reglene om saksbehandlingen og grunnlaget for forvaltningens avgjørelser, og problemstillingen er heller ikke behandlet grundig i forvaltningsrettslig teori.⁷⁴ Både i sivilprosessen og i straffeprosessen finnes det imidlertid enkelte utgangspunkter og hovedregler på dette punkt, hvilket kan være veiledende også for forvaltningen.

2.3.2 Det aletiske, det epistemiske og det psykologiske nivået⁷⁵

En bevisbedømmer må basere seg på annenhånds indikasjoner og bevis, og kan aldri få kunnskap i egentlig forstand om det som skal bevises.⁷⁶ Slik beskriver Graver bevisvurderingen i praksis. Kolflaath illustrerer bevisvurderingen i en

⁷⁰ Robberstad, *Sivilprosess* s. 220.

⁷¹ Hov, *Rettergang II* s. 1140.

⁷² Kolflaath, *Bevist utover enhver rimelig tvil* s. 139.

⁷³ Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* s. 467.

⁷⁴ Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* s. 469 og Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?* s. 629.

⁷⁵ Dette avsnittet bygger på Kolflaaths artikkel *Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger*, særlig punkt 3, s. 281 flg.

⁷⁶ Graver, *Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering* s. 192.

kunnskapsteoretisk sammenheng ved å skille mellom tre nivåer; det aletiske nivået, det epistemiske nivået og det psykologiske nivået.

Det *aletiske* nivået omhandler virkelighetsnivået – det som *faktisk* skjedde. Bevisbedømmeren har prinsipielt sett ikke direkte tilgang til dette nivået, f.eks. fordi de faktiske omstendighetene som er relevante i en sak, ikke lenger kan iakttas. Saken må derfor avgjøres med utgangspunkt i bevisene i saken, som kunnskapsteoretisk sett ligger på det *epistemiske* nivået. Slutningene på det epistemiske nivået vil basere seg på hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til å tro, i kombinasjon med alminnelige erfaringsgrunnsetninger. Det *psykologiske* nivået omhandler bevisbedømmerens kognitive prosesser og samhandling med andre bevisbedømmere i samme sak. Det epistemiske nivået er objektivt, mens det psykologiske nivået dreier seg om bevisbedømmerens egne vurderinger, og er derfor av mer subjektiv enn objektiv karakter.

I en slik modell knytter et beviskrav an til forholdet mellom det epistemiske og det psykologiske nivået, og sier noe om hvor sikker forvaltningen må være før et bestemt faktum kan legges til grunn.

2.3.3 Hvilke beviskrav kan bestemmelsen i mfl. § 43 tenkes å romme?

Utviklingen av beviskravsreglene har først og fremst funnet sted i rettspraksis,⁷⁷ og dette har gitt grunnlag for enkelte utgangspunkter og hovedregler. Det er praktisk å operere med tre grader av sannsynlighetskrav: *alminnelig sannsynlighetsovervekt*, *klar-* eller *kvalifisert sannsynlighetsovervekt* og *ingen rimelig tvil*.⁷⁸

Kravet om *alminnelig sannsynlighetsovervekt* er hovedregelen i sivile saker.⁷⁹ I *Tvilsrisikoen* fra 1943 gjorde Eckhoff gjeldende at der det foreligger tvil om faktum, må det alternativ som fremstår som *mest sannsynlig* som hovedregel legges til grunn.⁸⁰ Regelen går under navnet “overvektsprinsippet”, og må anses som en sikker rettsregel,

⁷⁷ Hov, *Rettergang II* s. 1153.

⁷⁸ Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* s. 467.

⁷⁹ Robberstad, *Sivilprosess* s. 247.

⁸⁰ Eckhoff, *Tvilsrisikoen* s. 64.

selv om den kalles for et prinsipp.⁸¹ I sivile saker anses partenes interesser for å være likeverdige og kontrære – interessene er motstridende i den forstand at et resultat til fordel for den ene parten automatisk går ut over den andre. Anvendelsen av overvektsprinsippet begrunnes gjerne med at en slik regel antas å føre til flest riktige avgjørelser på sikt.⁸²

Fordi forvaltningens avgjørelser kan overprøves av domstolene, er det ansett for å være nær sammenheng mellom de beviskrav som gjelder for forvaltningen og bevisregler i sivile saker.⁸³ Det er flere gode grunner for at det bør være et slikt samsvar, f.eks. kan det redusere risikoen for at avgjørelsene blir forskjellige, og man kan også unngå at det oppstår et press i retning av ett av prosessporene ved valg av overprøvingsinstans.⁸⁴

Ulike omstendigheter kan tale for at beviskravet i sivile saker må skjerpes, derav kravet om *klar* eller *kvalifisert sannsynlighetsovervekt*. Hensynet til den enkeltes rettssikkerhet vil f.eks. kunne tale i den retning. Det er imidlertid viktig å understreke at andre hensyn kan tilsi at overvektsprinsippet bør legges til grunn også der rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende, f.eks. på områder hvor hensynet til en effektiv håndheving av reguleringslovgivningen må tillegges stor vekt.⁸⁵

Sannsynlighetskravet *ingen rimelig tvil* er betegnelsen på strafferettens beviskrav.⁸⁶ Det strenge beviskravet har sin begrunnelse i at det anses mer uheldig at en uskyldig blir dømt, enn at en skyldig blir frifunnet. Det finnes ingen avgjørelse fra Høyesterett som eksplisitt gir uttrykk for at beviskravet kan variere med lovovertrედelsens art, men det

⁸¹ Robberstad, *Sivilprosess* s. 247. Høyesterett ga sin tilslutning til det som lenge hadde vært oppfattet som sikker rett i Rt-1992-64 (P-pilledom II).

⁸² Robberstad, *Sivilprosess* s. 253, Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten* s. 629. Se mer om dette i punkt 3.1.1.2.

⁸³ Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* s. 470 og Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?* s. 629.

⁸⁴ Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?* s. 629.

⁸⁵ Disse hensynene behandles nærmere i punkt 3.1.

⁸⁶ Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess* s.160-161.

er neppe tvil om at det i *praksis* skjer en viss gradering av hva som betraktes som rimelig tvil.⁸⁷

I enkelte tilfeller følger beviskravene direkte av lovteksten, og som regel representerer dette et *unntak* fra overvektsprinsippet.⁸⁸ Unntaket kan peke i retning av at beviskravene lempes i forhold til utgangspunktet, f.eks. krrl. § 25 første ledd om bevissikring: For å få adgang til bevissikring må det være “[...] *rimelig grunn* til å anta at loven eller vedtak i loven er overtrådt [...]”⁸⁹ (min kursivering). Unntaket kan også representere en skjerpelse, jf. dekningsloven § 5-2 andre ledd som sier at “[g]ave til skyldnerens nærstående kan omstøtes [...] hvis det ikke bevises at skyldneren fortsatt var *utvilsomt* solvent da gaven ble fullbyrdet” (min kursivering).

Man kan undertiden få inntrykk av at det er klare grenser mellom de ulike kravene til sannsynlighetsgrad, og at valget av prosesspor automatisk tilsier hvilket beviskrav som gjelder. I praksis er det imidlertid ikke slik:

“Hvor sterk sannsynlighetsovervekt som må kreves, avhenger av *hvor sterkt klanderverdig forhold* som må foreligge. I *realiteten* er det derfor ikke stor forskjell mellom beviskravene i straffesaker og i slike sivile saker.”⁹⁰ (mine kursiveringer)

Det må altså foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle for å avklare hvilket beviskrav som er gjeldende.

2.3.4 Kort om “robusthetsdimensjonen”⁹¹

Beviskravet blir gjerne forstått som en *sannsynlighetsgrad*. I norsk rett har det ikke vært tradisjon for å betrakte robusthet som et aspekt ved selve beviskravet, ettersom dette ville bryte med forutsetningen om at beviskravet kan uttrykkes som en sannsynlighetsgrad.

⁸⁷ Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess* s.160-161, NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 185.

⁸⁸ Hov, *Rettergang II* s. 1152.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) [...] s. 237 bekrefter at dette ikke innebærer et krav om sannsynlighetsovervekt.

⁹⁰ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 185.

⁹¹ Dette avsnittet bygger på Kolflaaths artikkel, *Bevist utover enhver rimelig tvil* særlig side 175 flg. Eksempelen er for øvrig mitt eget.

Et punkt på en sannsynlighetsskala vil kunne si om en sannsynlighet er høy eller lav, men vil ikke røpe om sannsynligheten er *robust* eller ei. En sannsynlighet vil for eksempel være mer robust dersom den stammer fra et *bredere materiale*, jf. følgende eksempel: Det følger av mfl. § 17 første ledd at det i næringsvirksomhet er forbudt å levere ut eller å gi en formidler i oppdrag å levere ut uadressert reklame eller gratis aviser til forbrukere som “klart har tilkjennegitt at de motsetter seg dette”. Dersom Forbrukerombudet får inn et større antall klager på at det skjer levering i strid med forbudet i mfl. § 17 første ledd, gir det Forbrukerombudet grunnlag for å trekke visse slutninger om de faktiske forhold i saken, herunder om sannsynligheten for lovbrudd. Dersom klagene inneholder dokumentasjon, f.eks. et bilde som viser at både dør og postkasse er tilstrekkelig merket med oblater, er sannsynligheten for brudd imidlertid også blitt mer *robust*. En innrømmelse fra distributøren om at det forekommer brudd øker robustheten desto mer.

For mitt formål er det ikke nødvendig å ta stilling til om robusthetsdimensjonen utgjør et aspekt ved beviskravet. I denne fremstillingen er det tilstrekkelig å fremheve at det i forvaltningsretten stilles krav til forvaltningens utredning av saken:

“Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes”, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 17 første ledd. Har forvaltningen oppfylt sin utredningsplikt er også saken *så godt opplyst som mulig*. Forvaltningen må dermed kunne treffe vedtak på bakgrunn av de faktiske omstendigheter som er funnet å ligge til grunn – uavhengig av om faktum er riktig eller ikke. Skulle det likevel vise seg at vedtaket bygde på feil faktum, kan det imidlertid omgjøres eller kjennes ugyldig.

2.4 Oversikt over den videre fremstilling

For å klarlegge hvilket beviskrav som gjelder ved vedtak om overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven, må det tas utgangspunkt i de ulike rettskildefaktorene på området. Den videre drøftelsen av disse vil være todelt. I del 3 tar jeg stilling til de rent interne⁹² norske rettskildefaktorene. Først gis en oversikt over de kryssende hensyn som feltet rommer (punkt 3.1) – dette er hensyn som gjør seg gjeldende både som legislative hensyn ved utforming av lovbestemmelser, og ved tolkningen av dem. Hvilke slutninger

⁹² Se fotnote 28.

som følger av ordlyd og forarbeider behandles i punkt 3.2. Praksis fra Høyesterett og Markedsrådet behandles i punkt 3.3. Det gis en foreløpig oppsummering av funnene vurdert opp mot markedsføringsloven i punkt 3.4. Spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 stiller et krav til bevisenes styrke behandles i avhandlingens del 4. I del 5 sammenfattes funnene for å besvare avhandlingens hovedproblemstilling.

3 Beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43: Hvilke slutninger følger av de rent interne norske rettskildefaktorene?

3.1 De kryssende hensyn

Hensynet til effektivitet og til den enkeltes rettssikkerhet spiller en sentral rolle ved utøvelse av forvaltningsmyndighet.⁹³ I juridisk teori har det blitt hevdet at disse hensynene som regel – men ikke alltid – utgjør to motpoler, slik at en ved å fremme det ene svekker det andre.⁹⁴ Derfor er det også naturlig at disse to hensynene trekker i hver sin retning hva gjelder spørsmålet om hvilket beviskrav som skal legges til grunn.

3.1.1 Hensyn som taler for et krav om sannsynlighetsovervekt

3.1.1.1 Effektivitet

I juridisk teori er det særlig to komponenter som fremheves når det er tale om effektivitet i forvaltningen: graden av målrealisering og hvilke kostnader som påløper for å nå dette målet.⁹⁵ Strengt tatt er effektivitet bare et mål på forholdet mellom disse størrelsene, for jo større grad av målrealisering man oppnår med en gitt ressursinnsats, desto høyere er effektiviteten. Dette innebærer, slik også Stub har fremhevet, at forvaltningen kan være ineffektiv selv om den sørger for en høy grad av måloppnåelse, og effektiv selv om den praktisk talt ikke oppnår noe.⁹⁶

Et aspekt ved effektivitetshensynet er forvaltningens behov for en *effektiv håndheving* av reguleringslovgivingen. Dette er nødvendig for at loven skal virke forebyggende mot overtredelser. Ikke sjeldent vil det foreligge tvil om hvorvidt en lovbestemmelse er

⁹³ Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1 s. 53.

⁹⁴ Eckhoff, *Rettferdighet og rettssikkerhet* s. 385.

⁹⁵ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 63 og Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* s. 10.

⁹⁶ Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollmyndighet* s. 10.

overtrådt eller ikke. Dersom det stilles strenge krav til bevisene kan dette vanskeliggjøre håndhevingen, særlig hvis det i utgangspunktet er vanskelig å bevise overtredelse allerede ved et krav om sannsynlighetsovervekt. Forvaltningens behov for en effektiv håndheving av regelverket taler derfor for at *overvektsprinsippet* legges til grunn.⁹⁷

3.1.1.2 Gir flest riktige avgjørelser på sikt?

Som nevnt har det blitt hevdet at overvektsprinsippet er den beviskravsregel som fører til *flest riktige avgjørelser* på sikt.⁹⁸ Denne hypotesen har imidlertid vært gjenstand for diskusjon.⁹⁹

Hov påpeker at “[i] strafferetten kreves det en mye høyere grad av sannsynlighet for domfellelse, men dette innebærer ikke at de fleste dommer i straffesaker er uriktige”.¹⁰⁰ De fellende dommer vil vel stort sett være riktige, for påtalemyndigheten vil ta høyde for det strenge beviskravet ved bare å reise straffesak der den føler seg rimelig sikker på at bevisene holder. Følgen av et strengt beviskrav er imidlertid at det ikke vil kunne reises straffesak mot en del lovbrutere, evt. at de blir frifunnet, *selv om de sannsynligvis er skyldige*.¹⁰¹

Som motargument til hypotesen velger Robberstad å trekke frem en påpekning fra Kolflaath.¹⁰² Bevisbedømmeren har ikke tilgang til de *virkelige faktiske forhold*, men må basere seg på hva det i *lys av bevissituasjonen* er grunn til å tro.¹⁰³ Når sannsynlighetstankegangen knyttes til bevissituasjonen og ikke til de virkelige faktiske forhold kan vi prinsippet ikke vite om overvektsprinsippet er den regel som fører til flest riktige avgjørelser på sikt.

Selv om det kan stilles spørsmål ved om overvektsprinsippet faktisk *er* den beviskravsregel som fører til flest riktige avgjørelser, er det i denne sammenheng en

⁹⁷ Se nærmere om effektivitetshensynet i tilknytning til markedsføringsloven i punkt 3.4.

⁹⁸ Se punkt 2.3.3.

⁹⁹ Robberstad, *Sivilprosess* s. 253.

¹⁰⁰ Hov, *Rettergang II*, s. 1150.

¹⁰¹ Hov, *Rettergang II*, s. 1150.

¹⁰² Robberstad, *Sivilprosess* s. 253-254.

¹⁰³ Se punkt 2.3.2.

diskusjon for seg. Til tross for uenigheter vedrørende denne hypotesen, kan det imidlertid ikke sees bort i fra den omstendighet at den har fått bred tilslutning.¹⁰⁴

3.1.2 Hensyn som taler for et skjerpet beviskrav

3.1.2.1 Rettssikkerhet

Ordet rettssikkerhet er flertydig og brukes på til dels svært ulike måter.¹⁰⁵ Derfor er det også vanskelig å gi en rimelig presis definisjon som samtidig er allment akseptert.¹⁰⁶

Det synes imidlertid å være enighet om enkelte grunnleggende elementer: den som ønsker rettssikkerhet i forvaltningen, sikter som regel til beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, muligheten til å forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine rettslige interesser.¹⁰⁷

Ileggelse av overtredelsesgebyr utgjør et inngrep i borgernes rettssfære.¹⁰⁸ Stilles det for lave krav til bevisets styrke kan det gå ut over borgernes behov om å bli beskyttet mot at sanksjoner ilegges på uriktig grunnlag. Hensynet til den enkeltes rettssikkerhet taler derfor for at det stilles et strengere krav til bevisets styrke enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

3.2 Ordlyden og forarbeidene i tilknytning til den

Mfl § 43 første ledd lyder som nevnt slik:

“Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første ledd eller § 20 annet ledd, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale.”

¹⁰⁴ Se f.eks. førstvoterende i Rt-1999-14 s. 22. “Det faktum retten finner mest sannsynlig skal i utgangspunktet legges til grunn ved løsning av slike [sivile] tvister, fordi denne bevisregel gir *flest riktige avgjørelser*, hvilket er en målsetting for reglene om bevisbedømmelse i tvistemål.” (min tilføyelse) (min kursivering)

¹⁰⁵ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 59. Enkelte skiller mellom materiell, prosessuell og personell rettssikkerhet, se f.eks. Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind 1* s. 46-68.

¹⁰⁶ Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind 1* s. 46.

¹⁰⁷ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 58. Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind 1* s. 46.

¹⁰⁸ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 183-184.

Ordlyden inneholder ingen uttrykkelig regulering av beviskravet. Spørsmålet ble imidlertid diskutert under lovforberedelsen.¹⁰⁹ Departementet henviser her til Sanksjonsutvalgets utredning, som for sin del ikke fant grunn til å foreslå særlige beviskrav for illeggelse av administrative sanksjoner ettersom gjeldende regler¹¹⁰ gir den nødvendige fleksibilitet:

“I saker der det dreier seg om *alvorlige forhold* og en *inngripende sanksjon*, vil det være aktuelt å stille strenge krav til bevisene. I enklere saker der det er aktuelt med mindre reaksjoner kan beviskravene settes lavere.”¹¹¹ (mine kursiveringer)

Sanksjonsutvalgets utredning favner vidt, og uttalelsen er ikke direkte relatert til mfl. § 43. Om de omstendigheter som Sanksjonsutvalget mener kan aktualisere et strengere krav til bevisets styrke – saker om *alvorlige forhold* og hvor det er tale om en *inngripende sanksjon* – gjør seg gjeldende på et område som markedsføringsretten er ikke uten videre opplagt og må undersøkes nærmere.

Ut over dette har departementet valgt å bygge på de vurderinger som fremkommer i forarbeidene til konkurranseloven (krll.) Overtredelsesgebyr ble foreslått som ny sanksjonsform i krll. § 29, og det oppstod spørsmål om hvilket beviskrav som skulle gjelde i den forbindelse. Både konkurranseloven og markedsføringsloven tar sikte på å beskytte forbrukernes interesser,¹¹² og det foreligger dermed en klar kobling hva gjelder de hensyn som lovene tar sikte på å ivareta. Dette taler for at de vurderinger og argumenter som følger av konkurranselovens forarbeider, også vil ha gyldighet her.

3.2.1 Særlig om henvisningen til konkurranseloven og dens forarbeider

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger [...] bygger blant annet på Konkurranselovutvalgets

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 162-163.

¹¹⁰ I NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 185 påpeker Sanksjonsutvalget at det i utgangspunktet stilles strenge krav til bevisene i straffesaker (“ingen rimelig tvil”), og at det i sivile saker som utgangspunkt er tilstrekkelig med “alminnelig sannsynlighetsovervekt”. I praksis forekommer det imidlertid nyanser, og i realiteten er det derfor ikke stor forskjell mellom beviskravene i straffesaker og i sivile saker som f.eks. forutsetter et sterkt klanderverdig forhold.

¹¹¹ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 185.

¹¹² Se krll. § 1 annet ledd og mfl. § 34 annet ledd.

utredning i NOU 2003:12 *Ny konkurranselov*. Konkurranselovutvalget mente at beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr burde være “klar sannsynlighetsovervekt”.¹¹³ Departementet var av en annen oppfatning:

“Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke *særlige hensyn* i slike saker som *tilsier* at det skal oppstilles *spesielle krav til bevisets styrke*, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. *Etter departementets vurdering bør ikke denne avveiningen vektas skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne*. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosessrettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtreders disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik *fleksibel sanksjon* som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at *uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak*.”¹¹⁴ (mine kursiveringer)

Som nevnt er en av begrunnelsene bak anvendelsen overvektsprinsippet at interessene regnes som likeverdige og kontrære. I det ovennevnte sitat avslutter departementet med at det ikke ser noen “grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak”. Uttalelsen gir grunn til å hevde at departementet anser de interesser som foreligger i en sak om overtredelsesgebyr for å være kontrære, og at dette dermed taler for at *overvektsprinsippet* bør være gjeldende.

Forut for stortingsbehandlingen initierte Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) til debatt om departementets standpunkt i proposisjonen.¹¹⁵ NHO hadde for øvrig vært representert i Konkurranselovutvalget, som la til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt i saker om overtredelsesgebyr.¹¹⁶ NHO anførte at overtredelsesgebyr anses som straff etter EMK, og at dette talte for et tilsvarende

¹¹³ NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* s. 131.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

¹¹⁵ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 68.

¹¹⁶ NOU 2003: 13 *Ny konkurranselov* s. 131.

beviskrav som i straffesaker. Arbeids- og administrasjonsdepartementet var ikke enig i det:

“Beviskravet for illeggelse overtredelsesgebyr etter forslaget til ny konkurranselov vil være i samsvar med de alminnelige bevisregler som gjelder i sivile saker, og vil bli praktisert i tråd med iht Høyesteretts praksis. Dette bør således være tilstrekkelig i forhold til EMK. Beviskravet vil gjøre det lettere å få ilagt et overtredelsesgebyr og dermed øke forbudenes avskrekkende virkning. Det er viktig i konkurransesaker der det i utgangspunktet er vanskelig å bevise overtredelser.”¹¹⁷

Uttalelsen viser klart at departementet prioriterte *hensynet til effektivitet* når det tok stilling til spørsmålet om hvor strengt beviskravet skulle være. Departementets uttalelse på dette punkt bringer derfor noe nytt i forhold til uttalelsene i proposisjonen. I den etterfølgende stortingsbehandlingen støttet flertallet i komiteen departementets standpunkt.¹¹⁸

I konkurranserettslig litteratur har Graver og Hjelmeng stilt spørsmål ved holdbarheten av de argumenter som departementet og komiteen anfører.¹¹⁹ Fordi forarbeidene til markedsføringsloven bygger på konkurranselovens forarbeider på dette punkt, kan forfatternes synspunkter være relevante for vurderingen her. Etter å ha sett hen til de omstendigheter som kan gjøre seg gjeldende ved vedtak etter krrl. § 29, spør forfatterne om det må oppstilles *særlige krav* til bevisets styrke for å ilegge overtredelsesgebyr. Etter deres mening kan det som alminnelig utgangspunkt for tolkning oppstilles “at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt hvis ikke hensynet til andre interesser tilsier at det vanlige overvektskravet gjelder”.¹²⁰ Forfatterne legger dermed til grunn et strengere utgangspunkt for tolkning enn hva konkurranselovens forarbeider gjør. Døren holdes likevel på gløtt i tilfelle andre interesser tilsier at overvektsprinsippet gjelder:

“Et slikt hensyn er om det foreligger *kontrære interesser* som innebærer at et *skjerpet beviskrav* går ut over andre parter. Departementet antyder at dette er tilfellet når det viser til konsekvensene av ‘en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør’. Dette kan være et relevant argument i en sivil sak, for eksempel om ugyldighet eller

¹¹⁷ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 68.

¹¹⁸ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 41.

¹¹⁹ Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, bind II* s. 153.

¹²⁰ Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, bind II* s. 151-152.

erstatning, mellom et foretak og en som påstår seg skadet av en konkurransebegrensning [...]. I saker om bruk av overtredelsesgebyr er det derimot ikke et relevant hensyn, da en frifinnelse for kravet om foretaksgebyr *ikke går ut over potensielle skadelidtes rettigheter.*”¹²¹ (mine kursiveringer)

Ved å innta et slikt standpunkt ser det ut til at forfatterne ikke regner interessene i en sak om overtredelsesgebyr for å være kontrære. Standpunktet kan for øvrig gjøres gjeldende også etter markedsføringsloven: Forbrukerombudet fører tilsyn med regelverket ut fra hensynet til de kollektive forbrukerinteressene, dvs. hensynet til forbrukerfellesskapet som sådant, og ikke den individuelle forbruker.¹²² En frifinnelse for kravet om overtredelsesgebyr vil dermed ikke gå ut over forbrukernes rettigheter på samme måte som der én eller flere forbrukere f.eks. går til erstatningssøksmål mot den næringsdrivende, og deretter taper saken. I sistnevnte tilfelle vil forbrukerne være direkte skadelidende som følge av at den næringsdrivende blir frifunnet, mens i en sak om overtredelsesgebyr vil det ikke foreligge et tilsvarende tap.

På den annen side fremhever forfatterne at departementets argumentasjon også kan sees som en henvisning til viktigheten av ikke å ha bevisregler som vanskeliggjør reglenes generelle gjennomslag på feltet.¹²³ Sagt på en annen måte; for strenge krav til bevisenes styrke kan vanskeliggjøre *håndhevingen*. Dette vil i så fall være en henvisning til hensynet til *effektivitet*, som jo taler for overvektsprinsippet.

For markedsføringslovens del valgte Barne- og likestillingsdepartementet å legge til grunn tilsvarende vurderinger som konkurranselovens forarbeider bygger på:

“Departementet ser klare paralleller mellom konkurranseloven og markedsføringsloven når det gjelder de *samfunnsmessige hensyn* lovene skal ivareta. Vurderingen som ble foretatt i forbindelse med vedtagelsen av konkurranseloven, har derfor *langt på vei gyldighet* når det gjelder det tilsvarende spørsmålet etter markedsføringsloven.”¹²⁴ (mine kursiveringer)

Ut over dette foretas det få selvstendige vurderinger av beviskravsspørsmålet i relasjon til markedsføringsloven. Departementet bemerker imidlertid at det i rettspraksis har

¹²¹ Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, bind II* s. 153.

¹²² Lunde m.fl., *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 197.

¹²³ Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, bind II* s. 153-154.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 163.

vært stilt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt når det er tale om å bygge på et belastende faktum, jf. Rt-2007-1851¹²⁵ med videre henvisninger. Uttalelsen bærer preg av å være en “slengbemerkning”, for spørsmålet drøftes ikke nærmere. Departementet nøyer seg i stedet med å vise til de “alminnelige bevisregler i sivile saker”:

“På denne bakgrunn foreslår departementet ingen særlige bevisregler når det gjelder ileggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven. Det betyr at alminnelige bevisregler i sivile saker foreslås å gjelde for disse sakene.”¹²⁶

For å få et mer helhetlig bilde av bakgrunnen for departementets standpunkt, er det grunn til å knytte noen bemerkninger til hva som fremkom under høringsuttalelsen. I høringsrunden ga Forbrukerombudet uttrykk for at sanksjonsordningen under mfl. 1972 ikke fungerte optimalt. Politiet fulgte ikke opp brudd på lovens bestemmelser, og Forbrukerombudet kom til kort overfor de mest useriøse næringsdrivende med de sanksjonsmuligheter som det den gang var tillagt. Det hele resulterte i en dårlig beskyttelse av forbrukerne og tilnærmet fritt leide for useriøse næringsdrivende. Etter ombudets syn nødvendiggjorde en slik situasjon hjemler til å fastsette sanksjoner som mer effektivt forhindrer eller stanser brudd på loven.¹²⁷ Departementet var enig i de innvendinger som ble reist, og mente at overtredelsesgebyr kunne være et effektivt virkemiddel i den sammenheng.¹²⁸ Det ble antatt at et slikt gebyr kunne ha en preventiv effekt som en følge av risikoen for å bli stilt økonomisk til ansvar for brudd på lovens bestemmelser.¹²⁹ I det store og det hele var motivet bak innføringen av denne sanksjonsformen på markedsføringsrettens område begrunnet i ønsket og behovet for en mer *effektiv og reell håndhevmulighet* av regelverket. Motivet kommer riktignok ikke klart frem under departementets vurdering av beviskravsspørsmålet, men det fremgår av sammenhengen.

På bakgrunn av at beskyttelsesinteressene i en sak om overtredelsesgebyr anses for å være likeverdige og kontrære, og av hensyn til en effektiv håndhevelse av regelverket,

¹²⁵ Om dommen, se punkt 3.3.2.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 163.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 160-161.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 161-162.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 161.

har lovgiver dermed forutsatt at det alminnelige overvektsprinsippet skal gjelde ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43. Spørsmålet i det følgende blir om denne forutsetningen lar seg forene med praksis fra Høyesterett og fra Markedsrådet (punkt 3.3), og med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 (del 4).

3.3 Praksis

3.3.1 Innledning

De siste femten årene har det skjedd en betydelig rettsutvikling hva gjelder spørsmålet om beviskrav i tilknytning til forvaltningssanksjoner. At Høyesterett ved flere anledninger har behandlet spørsmålet, har ført til at rettspraksis har bidratt – og fortsatt bidrar – til at rettskildebildet blir stadig mer avklart på dette punkt, jf. punkt 3.3.2

Nå er det riktignok slik at det ikke foreligger rettspraksis som direkte tar stilling til spørsmålet i tilknytning til mfl. § 43, og selv om rettsavgjørelsene berører lignende problemstillinger som i denne avhandlingen, er det ikke uten videre gitt at disse har direkte overføringsverdi til markedsføringsrettens område. De problemer dette kan reise, kommer jeg tilbake til. Markedsrådets praksis er derimot direkte relevant, og omtales nærmere i punkt 3.3.3.

3.3.2 Rettspraksis

I *Rt-1999-14* tok Høyesterett stilling til hvilket krav som stilles til bevisets styrke ved administrativ inndragning etter den nå opphevede saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd. Flertallet på tre dommere la til grunn at det måtte kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at vilkårene for administrativ inndragning forelå, mens mindretallet på to dommere mente at beviskravet måtte være tilsvarende som i straffeprosessen. Dommer Oftedal Broch, som talsmann for flertallet, mente at anvendelsen av et straffeprosessuelt beviskrav ved rettslig prøving av et forvaltningsvedtak fremsto som så vidt spesielt at et slikt standpunkt krevde særlig forankring i loven eller dens forarbeider.¹³⁰ Da en slik forankring ikke forelå, ble beviskravsspørsmålet løst ut i fra en sivilprosessuell synsvinkel. Det var forøvrig lite i lovens forarbeider som kunne belyse spørsmålet, og

¹³⁰ Rt-1999-14 s. 25.

det avgjørende ble om styrken av de *reelle hensyn* talte i retning av et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt:

“Ett element som flere ganger har vært tillagt vekt i rettspraksis, er om et domsresultat forutsetter forhold som er *sterkt klanderverdige* eller *infamerende for en part*. Det har da blitt krevet en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å legge dette alternativ til grunn. En inndragning – slik som i vår sak – som har sitt grunnlag i en lovovertrjedelse, vil nok kunne oppfattes som infamerende, *selv om at det ikke skjer noen skyldkonstatering*. Jeg finner at dette forhold bør tillegges en *viss vekt*. Dertil kommer – som fremhevet av førstvoterende – at vi står over for en reaksjonsform som utvilsomt har *store likhets punkter med det straffeprosessuelle inndragningsinstituttet*. Selv om jeg ikke vil trekke de samme konsekvenser av dette som førstvoterende, er det etter min mening berettiget å stille opp et krav til bevisførselen om en klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene for den administrative inndragning foreligger.”¹³¹ (mine kursiveringer)

At inndragning representerte et tungt økonomisk inngrep for den det gjelder, var etter flertallets mening ikke et sterkt argument for å stille særlige krav til bevisets styrke:

“Mange forvaltningsvedtak har store økonomiske konsekvenser uten at dette har ført til noe krav til særlig bevisstyrke i slike saker.”¹³²

Flertallets standpunkt i Rt-1999-14 ble opprettholdt i Rt-2007-1217.¹³³ Når det gjaldt spørsmålet om beviskravets styrke vedrørende inndragning av fangst etter saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd, uttalte førstvoterende følgende i avsnitt 67:

“Siden vedtaket bygger på at A har begått en *straffbar handling*, og vedtaket ikke bare har *følbare økonomiske følger* for ham, men også vil kunne få *konsekvenser for den tillit han har behov for i sin næringsutøvelse*, mener jeg at det – ut fra alminnelige norske prinsipper for bevisbedømmelse – også for denne sanksjonen må stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at den handling som danner grunnlag for sanksjonen, er begått, jf. Ot. prp. nr. 70 (2003-2004) og Rt-1999-14.”¹³⁴ (mine kursiveringer)

¹³¹ Rt-1999-14 s. 25.

¹³² Rt-1999-14 s. 25.

¹³³ Avgjørelsen tar opp spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke for å kunne ilegge en sanksjon som har karakter av straff etter bestemmelsen, se del 4. Høyesterett kom enstemmig til at et vedtak om inndragning av fangst ikke dreide seg om en sanksjon som har karakter av straff etter EMK art. 6, hvilket gjør avgjørelsen interessant også for redegjørelsen her.

¹³⁴ Høyesterett var enstemmige på dette punkt.

I *Rt-2007-1851* var det spørsmål om tilbakekall av legeautorisasjon som følge av seksuelle overgrep overfor mindreårige begått før legen ble autorisert, jf. helsepersonelloven § 57. Tilbakekall av autorisasjon var begrunnet i hensynet til pasientsikkerhet og i behovet for at allmennheten skal ha tillit til helsevesenet.¹³⁵ Til tross for at disse hensynene talte *mot* et skjerpet beviskrav, var det andre forhold som likevel førte til at Høyesterett la til grunn et krav om *kvalifisert sannsynlighetsovervekt*:

“Det kan anføres at også de interesser helsepersonelloven § 57 er satt for å verne, er av en slik art og har slik tyngde, at hensynet til den beskyldningene retter seg mot, må vike. Jeg finner imidlertid at når det, som i denne sak, er tale om å legge til grunn eldre forhold av *sterkt infamerende karakter*, og disse forhold ikke har noen umiddelbar tilknytning til den aktuelle yrkesutøvelse, må det stilles krav om *kvalifisert sannsynlighetsovervekt*.”¹³⁶ (mine kursiveringer)

Det interessante i denne sammenheng er at Høyesterett viser at de hensyn som er funnet å ligge til grunn vedtakshjemmelen, bør trekkes inn i vurderingen av hvilket beviskrav som bør gjelde.

I *Rt-2008-1409*¹³⁷ var det spørsmål om hvilket krav til bevisets styrke som gjaldt ved ileggelse av ordinær tilleggsskatt, jf. ligningsloven § 10-2 sammenholdt med § 10-4.¹³⁸ Et flertall på sju dommere fant at beviskravet for å ilegge ordinær tilleggsskatt etter ligningslovens regler var *klar sannsynlighetsovervekt*, mens fire dommere mente at det var tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Førstvoterende, dommer Bruzelius, bemerker innledningsvis i avsnitt 41 at overvektsprinsippet i sivile saker bare danner et *utgangspunkt*, men at det ikke kan strekkes lenger enn begrunnelsen rekker. Og selv om forvaltningssanksjoner avgjøres i sivilprosessuelle former, er overvektsprinsippet fraveket i en rekke tilfeller:

¹³⁵ *Rt-2007-1851* avsnitt 31.

¹³⁶ *Rt-2007-1851* avsnitt 36.

¹³⁷ Avsagt av Høyesterett i storkammer. En storkammeravgjørelse vil antakelig telle noe mer enn en dom avsagt av Høyesterett i avdeling, jf. Boe, *Innføring i juss* s. 307.

¹³⁸ Reglene om tilleggsskatt er endret siden dommen ble avsagt. Blant annet er det innført strengere beviskrav for skjerpet tilleggsskatt enn det var etter de tidligere reglene for forhøyet tilleggsskatt, jf. Lignings ABC 2011 (elektronisk utgave) s. 1183. Saken omhandlet også spørsmålet om EMK art. 6 nr. 2 inneholder krav til bevisets styrke.

“Ved illeggelse av forvaltningssanksjoner er partenes interesser av vidt forskjellig karakter. Her står borgernes behov for å bli beskyttet mot sanksjoner på uriktig grunnlag mot det offentlige interesse i effektiv håndhevelse av forvaltningslovgivningen. Borgernes *beskyttelsesbehov* tilsier at det for illeggelse av slike sanksjoner stilles krav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet er hvor strengt beviskravet kan stilles uten at det går ut over det offentlige behov for en *effektiv rettshåndhevelse*.”¹³⁹ (mine kursiveringer)

Uttalelsen illustrerer på en god måte at de motstridende hensyn – hensynet til den enkeltes rettssikkerhet versus hensynet til en effektiv rettshåndhevelse – trekker i hver sin retning hva gjelder beviskravspørsmålet ved illeggelse av forvaltningssanksjoner.

Ordlyden i ligningsloven § 10-2 første ledd ga ikke veiledning hva gjaldt beviskravsspørsmålet,¹⁴⁰ og forarbeidene var uklare.¹⁴¹ Reelle hensyn ble derfor avgjørende:

“Tilleggsskatt kan være en *tyngende økonomisk sanksjon* for skattyter. Forhøyd tilleggsskatt forutsetter ofte forhold som er *klanderverdige* eller *infamerende* for skattyter, og forholdet *kan* være straffbart etter § 12-1 bokstav a. Disse omstendigheter taler for at beviskravet for de objektive vilkårene i § 10-2 første ledd er *høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt*.”¹⁴² (mine kursiveringer)

Når det gjaldt de hensyn som talte i motsatt retning fremhevet førstvoterende:

“Mot dette taler, slik staten har fremhevet, at ligningsvedtak er massevedtak, effektivitetshensyn og hensynet til skatteinngangen. Hensynet til myndighetenes rettmessige behov for en effektiv håndhevelse av skattelovgivningen og til skattefundamentet kan likevel ikke ha større tyngde enn at det kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at vilkårene i § 10-2 første ledd er oppfylt.”¹⁴³

Mindretallet, bestående av fire dommere, fant for sin del at ordlyden sammenholdt med forarbeidene trakk i retning av et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁴⁴

Mindretallet synes også skeptisk til førstvoterendes tolkning:

¹³⁹ Rt-2008-1409 avsnitt 41.

¹⁴⁰ Rt-2008-1409 avsnitt 56.

¹⁴¹ Rt-2008-1409 avsnitt 58.

¹⁴² Rt-2008-1409 avsnitt 64.

¹⁴³ Rt-2008-1409 avsnitt 64.

¹⁴⁴ Rt-2008-1409 avsnitt 117 og 119.

“På bakgrunn av førstvoterendes votum, finner jeg allerede innledningsvis grunn til å understreke at løsningen beror på en tolking av bestemmelsen, og ikke på en mer fri vurdering av hvilken bevisregel som her bør gjelde.”¹⁴⁵

Mindretallets uttalelse på dette punkt antyder at reelle hensyn tillegges for stor betydning i førstvoterendes votum, og dersom det finnes holdepunkter i ordlyd eller forarbeider vil dette være avgjørende for tolkningen av hvilket beviskrav som gjelder. Mindretallet vektla også at lovgiver etter en nøye vurdering “har funnet å burde prioritere effektivitetshensynet”.¹⁴⁶

Den nyeste avgjørelsen på dette området, Rt-2011-910, ble avsagt 22. juni i år. Saken gjaldt prøving av vedtak om å ilegge Tine SA overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 for å ha overtrådt forbudet i krrl. § 11 mot utilbørlig utnyttelse av markedsrett. Høyesteretts flertall kom til at Tine ikke hadde overtrådt krrl. § 11, og stadfestet tingrettens dom om opphevelse av Konkurransetilsynets vedtak. Dissens 3/2. Avgjørelsen er spesielt interessant fordi den gjelder sanksjonsformen overtredelsesgebyr og fordi den gjelder et rettsområde som tar sikte på å beskytte de samme interesser som markedsføringsloven. Om beviskravet uttalte Høyesterett i avsnitt 48:

“På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling ‘tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis’. *Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt.* Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt-2008-1409 stilte for å ilegge ordinær tilleggsskatt, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken, bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist.” (min kursivering)

Også her kom Høyesterett til at det ved ileggelse av en forvaltningssanksjon måtte kreves *klar sannsynlighetsovervekt*. Det forelå for øvrig ingen dissens på dette punkt. Høyesteretts vurdering knyttes i hovedsak opp mot EMK, og dommen behandles derfor nærmere i del 4.

¹⁴⁵ Rt-2008-1409 avsnitt 117.

¹⁴⁶ Rt-2008-1409 avsnitt 164.

3.3.3 Markedsrådspraksis

*MR-sak 10/186*¹⁴⁷ gjaldt hvorvidt Forbrukerombudets vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr mot Intermedia AS (Intermedia) etter mfl. § 37 jf. § 43 skulle opprettholdes. I vedtaket la Forbrukerombudet til grunn at Intermedias praksis med å rette markedsføring ved telefon til fysiske personer som har reservert seg mot dette i Reservasjonsregisteret, var i strid med mfl. § 13, jf. § 12. Etter Forbrukerombudets vurdering hadde Intermedia uaktsomt, gjentatt og vesentlig overtrådt de nevnte bestemmelsene. Innledningsvis knytter Markedsrådet noen kommentarer til sanksjonsformen overtredelsesgebyr og forholdet til beviskravene:

“Til tross for at lovens forarbeider i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) tilkjennegir at alminnelige bevisregler i sivile saker er forutsatt å gjelde i saker om illeggelse av overtredelsesgebyr, tilsier denne forvaltningssanksjonens *pønale karakter* etter Markedsrådets vurdering at det må oppstilles et *skjerpet beviskrav i denne typen saker*.”¹⁴⁸ (mine kursiveringer)

Markedsrådet viser deretter til Rt-2008-1409 og til Oslo tingretts dom 16. mars 2010,¹⁴⁹ hvor tingretten i sak om prøving av gyldigheten av vedtak om overtredelsesgebyr ilagt med hjemmel i krrl. § 29 jf. § 10, la til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Markedsrådet uttalte deretter:

“Disse saker viser at forarbeidenes forutsetninger om alminnelig beviskrav, som bl.a. er basert på uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven, *ikke kan tas på ordet*.”¹⁵⁰ (min kursivering)

Her er det grunn til å nevne at samme standpunkt inntas i kommentarutgaven til markedsføringsloven. Etter å ha gjengitt uttalelsene fra forarbeidene, og at departementet la til grunn at kravet skulle være alminnelig sannsynlighetsovervekt uttaler forfatterne:

“Disse uttalelsene må imidlertid leses i lys av utviklingen i nyere rettspraksis, som taler for at det må oppstilles et krav om *klar sannsynlighetsovervekt* som vilkår for å ilegge

¹⁴⁷ Vedtak av 27. april 2010.

¹⁴⁸ MR-sak 10/186 punkt 4.1.

¹⁴⁹ Sak 09-139595TVI-OTIR/08: Norges Turbileierforbund mot staten v/Fornyings- og administrasjonsdepartementet v/Konkurransetilsynet.

¹⁵⁰ MR-sak 10/186 punkt 4.1.

overtredelsesgebyr, jf. særlig Høyesteretts dom i Rt. 2008 s. 1409 (Sørum) som nokså klart peker i denne retning.”¹⁵¹

Markedsrådet fant at Intermedias feiloppringninger representerte en vesentlig, men ikke uaktsom overtredelse av mfl. § 13, f. § 12, og Forbrukerombudets vedtak ble opphevet.

I denne saken tar Markedsrådet klart til orde for hvilket beviskrav som skal gjelde i saker om overtredelsesgebyr – et *skjerpet beviskrav*. Klare forutsetninger i forarbeidene settes til side i lys av nyere rettspraksis, som for øvrig gjelder andre rettsområder enn markedsføringsrett. Det er grunn til å stille spørsmålstegn ved hvorfor Markedsrådet ikke problematiserer dette nærmere.

I *MR-sak 11/75*¹⁵² var det spørsmål om Hamelia AS og ansvarlig leder i selskapet hadde sendt ut overtakserte SMS-meldinger uten etter avtale med mottakerne, og således handlet i strid med forbudet mot negativt salg i mfl. § 11. I tillegg var det spørsmål om utsendelsen var i strid med forbudet mot elektronisk markedsføring uten samtykke, jf. mfl. § 15. Forbrukerombudet mente det var adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på mfl. §§ 11 og 15, og valgte å bringe saken inn for Markedsrådet for nærmere avgjørelse, jf. mfl. § 38. Innledningsvis gjentar Markedsrådet uttalelsen som fremkom i Intermedia-saken vedrørende overtredelsesgebyr og beviskrav, og uttaler deretter:

“Markedsrådet konstaterer at spørsmålet om beviskravets styrke ved overtredelsesgebyr er omdiskutert. Markedsrådet trenger imidlertid ikke i dette tilfelle ta nærmere standpunkt til hvilke beviskrav som bør gjelde, om det oppstilles et *skjerpet beviskrav*, eventuelt kreves *klar sannsynlighetsovervekt*, eller om det er tilstrekkelig med *alminnelig sannsynlighetsovervekt*. Uansett er vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr utvilsomt til stede i denne saken. Det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for overtredelse.”¹⁵³ (mine kursiveringer)

Markedsrådet kom enstemmig til at Hamelia AS skulle ilegges et overtredelsesgebyr på kr 100 000 for brudd på mfl. §§ 11 og 15. Ansvarlig leder ble ilagt overtredelsesgebyr på kr 50 000 for å ha medvirket til brudd på de samme bestemmelsene.

¹⁵¹ Lunde m.fl. *Markedsføringsloven med kommentarer* s. 219. Evensen og Sæveraas stiller også spørsmålstegn ved om klare uttalelser i konkurranselovens forarbeider må modifiseres i lys av nyere rettspraksis. Se *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* s. 757.

¹⁵² Vedtak av 24. juni 2011.

¹⁵³ MR-sak 11/75 punkt 4.

Hadde Markedsrådet i den foreliggende sak vært enig i Markedsrådets standpunkt i Intermedia-saken,¹⁵⁴ ville det vært naturlig at standpunktet ble gjentatt. Markedsrådet velger imidlertid å konstatere at spørsmålet om beviskrav er omdiskutert, og tar sånn sett et “skritt tilbake” i forhold til å avklare rettstilstanden på dette punkt. Uttalelsen kan nærmest tyde på at Markedsrådet modifierer uttalelsen i Intermedia-saken.

Opplistingen av de ulike beviskravene tyder også på at et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke er utenkelig. Beviskravsspørsmålet kom imidlertid ikke på spissen, og de øvrige uttalelser er uklare, hvilket gjør det vanskelig å trekke en klar slutning ut i fra denne avgjørelsen.

Tredje oktober 2011 fattet Markedsrådet vedtak i sak mellom Forbrukerombudet og Living AS (Living), *MR-sak 11/865*. Spørsmålet var om Living hadde overtrådt mfl. § 15 ved å sende markedsføring på SMS uten samtykke fra mottakerne, og om vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 var oppfylt. I bemerkningene til spørsmålet om beviskrav ble det vist til Rt-2011-910 (“Tine-dommen”), hvor Høyesterett la til grunn at det for illeggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 gjelder et krav om *klar sannsynlighetsovervekt*:

“Markedsrådet *antar* at et tilsvarende krav om *klar sannsynlighetsovervekt* må gjelde også for illeggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven. Spørsmålet om beviskravets styrke kommer uansett ikke på spissen i saken, ettersom Markedsrådet har funnet det utvilsomt at det foreligger klar overtredelse av mfl § 15[...].”¹⁵⁵

Heller ikke denne gang kommer beviskravet på spissen. Første setning tyder likevel på et slags “obiter dictum” med hensyn til beviskravsspørsmålet. Uttalelsen er klarere enn i Hamelia-AS saken, men helt opplagt er det likevel ikke, jf. at Markedsrådet “antar” at et tilsvarende krav om klar sannsynlighetsovervekt må gjelde.

3.4 Foreløpig oppsummering

Redegjørelsen ovenfor viser at visse momenter går igjen når Høyesterett tar stilling til hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av forvaltningssanksjoner. I dette punktet knyttes det bemerkninger til de sentrale momentene i tilknytning til markedsføringsloven.

¹⁵⁴ Markedsrådets sammensetning i de to saker var forskjellig.

¹⁵⁵ MR-sak 11/865 punkt 4.

I ulike sammenhenger har det vært stilt krav om klar sannsynlighetsovervekt når et vedtak bygger på et *særlig belastende faktum*, eller der det forholdet som ligger til grunn for vedtaket, kan være *straffbart*.

Hvor infamerende eller sterkt klanderverdig et forhold vil være, vil naturlig nok variere etter hvilket livsområde man befinner seg på. Det er f.eks. stor forskjell på det faktum som lå til grunn for avgjørelsen om begrenset tilbakekall av legeautorisasjon i Rt-2007-1851 og det faktum som legges til grunn ved et vedtak etter mfl. § 43.

I nevnte høyesterettsavgjørelse var det tale om å legge til grunn et eldre forhold av sterkt infamerende karakter (seksuelle overgrep overfor mindreårige), og som ikke hadde umiddelbar tilknytning til legens yrkesutøvelse. Selv om markedsføringsloven tar sikte på å verne andre interesser enn helselovgivningen, er det likevel ikke grunnlag for å hevde at det faktiske grunnlaget for et vedtak etter markedsføringsloven, aldri vil være infamerende eller belastende. I det følgende skal jeg gi et eksempel på det.

I Rt-2007-1851 understreket førstvoterende at helsepersonelloven § 57 omfatter *svært ulike forhold*, og at det ikke kan oppstilles noen *generell regel* om at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn det faktum som skal tjene som grunnlag for tilbakekall.¹⁵⁶ Brudd på de bestemmelser som kan aktualisere overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 omfatter strengt tatt ikke svært ulike forhold, men hvorvidt det faktum som ligger til grunn for vedtaket er belastende eller ikke, vil nok avhenge av hvilken bestemmelse som objektivt sett er overtrådt. F.eks. kan overtredelse av forskrift gitt i medhold av mfl. § 6 femte ledd¹⁵⁷ sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Det følger av forskriftens § 1 punkt 24 at det “å skape inntrykk av at forbrukeren ikke kan forlate lokalet før en avtale er inngått”, faller inn under former for “aggressiv handelspraksis”. Overtredelsesgebyr som ilegges en *fysisk person* som følge av at Forbrukerombudet eller Markedsrådet finner at vedkommende har overtrådt denne bestemmelsen, vil nok oppfattes som mer belastende enn der det konstateres brudd på mfl. § 13, jf. § 12 om brudd på reservasjonsretten. Ved brudd på førstnevnte bestemmelse legges det til grunn et faktum basert på en fysisk persons opptreden – vedkommende har *utøvet* “aggressiv handelspraksis”. Oppringninger til tross for

¹⁵⁶ Rt-2007-1851 avsnitt 31.

¹⁵⁷ Forskrift 1. juni 2009 nr. 565 om urimelig handelspraksis.

reservasjon kan skyldes systemfeil,¹⁵⁸ og ikke nødvendigvis personlig svikt. Rettes vedtaket mot et *aksjeselskap*, stiller det seg annerledes. Også her vil bruddet bestå i at en fysisk person har overtrådt bestemmelsen, men i stedet for at vedtaket rettes mot vedkommende som har handlet, rettes det mot selskapet. Fokuset på at “noen” har utøvet urimelig handelspraksis flyttes slikt sett over på selskapet, og kan dermed føles mindre belastende for den som i realiteten har overtrådt bestemmelsen. Hvem vedtak retter seg mot i praksis vil variere. Hamelia AS-saken¹⁵⁹ er et godt eksempel på at overtredelsesgebyr ilegges både en fysisk og en juridisk person.

Det kan også tenkes at grunnlaget for overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 er et *straffbart forhold*. Enkelte av de lovovertridelser som kan aktualisere vedtak om overtredelsesgebyr, er nemlig straffesanksjonert etter mfl. § 48.¹⁶⁰

I Rt-1999-14 mener førstvoterende at “[e]n inndragning – slik som i vår sak – som har sitt grunnlag i en lovovertrедelse, vil nok kunne oppfattes som infamerende, selv om det ikke skjer noen skyldkonstatering. Jeg finner at dette forhold bør tillegges en viss vekt”.¹⁶¹ Et vedtak etter mfl. § 43 er på sin side *betinget* av at lovovertrедelsen har skjedd enten forsettlig eller uaktsomt. At det skjer en skyldkonstatering, kan nok i seg selv oppleves som ubehagelig. På den annen side har nok Hov rett i at det å bli karakterisert som “uaktsom”, neppe kan anses som noen stor tilleggsbelastning.¹⁶² I en sivil sak innebærer en slik karakteristikk ingen offisiell samfunnsmessig fordømmelse; folk flest blir vanligvis ikke kjent med dommen, og det skjer ingen form for strafferegistrering.¹⁶³ Dette kan stille seg noe annerledes ved vedtak etter markedsføringsloven, som raskt blir offentliggjort. Slike vedtak vekker også gjerne

¹⁵⁸ Se f.eks. MR-sak 10/186 hvor Markedsrådet har uttalt at oppringninger som følge av feilkilder (i Reservasjonsregisteret) vanskelig kan bebreides som uaktsomt.

¹⁵⁹ MR-sak 11/75.

¹⁶⁰ F.eks. kan den som uaktsomt og vesentlig overtrer § 11 første ledd straffes med bøter, fengsel inntil 6 mnd. eller begge deler, jf. mfl. § 48 andre ledd. EMK P7-4 begrenser likevel adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og straff for samme handling, se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 164.

¹⁶¹ Rt-1999-14 s. 25.

¹⁶² Hov, *Rettergang II* (2010) s. 1156.

¹⁶³ Hov, *Rettergang II* (2010) s. 1156.

medienes interesse, og kan slikt sett føre til mer “uformelle sanksjoner” ved ytterligere omtale i ulike medier.¹⁶⁴

I følge ordlyden i mfl. § 43 stilles det ikke krav om grov uaktsomhet. Simpel uaktsomhet er derfor tilstrekkelig for å oppfylle skyldkravet. Når skyldkravet oppfylles allerede ved simpel uaktsomhet, taler det i retning av et større beskyttelsesbehov for den næringsdrivende enn hvis skyldkravet utelukkende var forsett. Dette fordi det skal mindre til før skyldkravet er oppfylt. På den andre siden er konstatering av uaktsomhet mindre infamerende enn forsett. I tillegg til skyldkravet må overtredelsen også være av *kvalifisert* art, i form av en vesentlig eller gjentatt overtredelse. Det skal altså mer til for å illegge overtredelsesgebyr enn at vedkommende kan bebreides for å ha overtrådt loven.

I Rt-1999-14 legges det også vekt på at administrativ inndragning har *likhetpunkter* med det strafferettslige inndragningsinstituttet.¹⁶⁵ I den forbindelse kan det nevnes at inndragning etter strl. 1902 §§ 34 flg. ikke er formell straff, jf. strl. 1902 § 15. Likevel behandles inndragningssaker, uavhengig av om det samtidig blir nedlagt påstand om straff, i straffeprosessens former, jf. strprl. § 2 første ledd nr. 2. Sanksjonsutvalget har uttalt at sanksjonsformen overtredelsesgebyr “har klare likhetstrekk med bøtestraff”.¹⁶⁶ Det interessante i denne sammenheng er at det i Rt-1999-14 legges vekt på at administrativ inndragning har likhetpunkter med en sanksjon som behandles i straffeprosessuelle former, men som likevel ikke er straff i straffelovgivningens forstand. Overtredelsesgebyr har på sin side klare likhetpunkter med en sanksjon som *er* formell straff, jf. strl. 1902 § 15. Den parallell som Høyesterett legger vekt på ved fastleggingen av beviskravet i Rt-1999-14, gjør seg derfor gjeldende med enda større tyngde i vår sammenheng.

¹⁶⁴ I Sanksjonsutvalgets utredning antas det at et vedtak om overtredelsesgebyr som utgangspunkt ikke er underlagt taushetsplikt etter fvl. § 13 første ledd nr. 1, men at unntak kan tenkes, NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 89.

¹⁶⁵ Rt-1999-14 s. 25.

¹⁶⁶ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 64.

At vedtak om overtredelsesgebyr kan få konsekvenser for den tillit den næringsdrivende har behov for i sin næringsutøvelse,¹⁶⁷ bør også tillegges vekt i forhold til mfl. § 43. F.eks. velger flere virksomheter å markedsføre sine produkter via telefonsalg. Det følger av mfl. § 13 første ledd, jf. § 12 at det i næringsvirksomhet er forbudt å rette markedsføring ved telefon til fysiske personer som har reservert seg mot dette i Reservasjonsregisteret.¹⁶⁸ Dersom en næringsdrivende uaktsomt og vesentlig bryter dette forbudet, og inngrep tilsies av forbrukerhensyn, kan det føre til vedtak om overtredelsesgebyr. Fatter media interesse for saken, og utelukkende fremhever firmaet på en negativ måte, kan det nok føre til at firmaet taper omdømme og tillit fra forbrukerne. Overtredelsesgebyr har flere tilsiktede virkninger, f.eks. allmennprevensjon og individualprevensjon,¹⁶⁹ men illeggelse av et slikt gebyr kan også få utilsiktede virkninger i form av at den næringsdrivende velger å avvikle sin virksomhet.

Ileggelse av overtredelsesgebyr kan videre innebære *store økonomiske konsekvenser* for den næringsdrivende. I Hamelia-saken¹⁷⁰ ble firmaet ilagt et gebyr på kr 100 000, mens daglig leder ble ilagt et gebyr på kr 50 000. Living AS¹⁷¹ ble ilagt et gebyr på kr 150 000. Mfl. § 43 lister selv opp enkelte momenter som skal vektlegges ved fastsettelsen av gebyrets størrelse. Som nevnt følger det av forarbeidene at som overordnet prinsipp bør overtredelsesgebyr “settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd”.¹⁷² Hvis gebyret konsekvent utmåles etter dette prinsippet, taler det for at ethvert overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven vil være økonomisk følbart for den det gjelder. Det bør imidlertid ikke legges for stor vekt på de økonomiske konsekvenser av vedtaket. I Rt-1999-14 ble det fremhevet at inndragning riktignok representerte et tungt økonomisk inngrep, men *i seg selv* var ikke dette et

¹⁶⁷ Fremheves i Rt-2007-1217 avsnitt 67.

¹⁶⁸ Unntatt ved uttrykkelig anmodning, jf. mfl. § 13 andre ledd, eller der det foreligger et “eksisterende kundeforhold”, jf. tredje ledd.

¹⁶⁹ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 141.

¹⁷⁰ MR-sak 11/75.

¹⁷¹ MR-sak 11/865.

¹⁷² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

sterkt argument for å oppstille et særlig krav til bevisets styrke.¹⁷³ I stedet kan det som et av *flere* momenter tale i retning av et skjerpet beviskrav, noe Rt-2008-1409 også illustrerer.¹⁷⁴

Redegjørelsen ovenfor viser at i likhet med saksforhold på andre rettsområder, vil det ved vedtak etter mfl. § 43 kunne foreligge omstendigheter som taler i retning av et *skjerpet beviskrav*. Det er imidlertid også viktige hensyn som taler for at *overvektsprinsippet* bør legges til grunn.

I Rt-2008-1409 fremhevet førstvoterende at de hensyn som talte mot et skjerpet beviskrav var at “ligningsvedtak er massevedtak, effektivitetshensyn og hensynet til skatteinngangen”.¹⁷⁵ Enkelte overtredelser av markedsføringsloven faller nok i kategorien masseovertredelser, for eksempel brudd på forbudet mot levering av uadressert reklame og gratis aviser, jf. mfl. § 17 første ledd. Vedtak etter mfl. § 43 er likevel ikke et *massevedtak* i samme forstand som etter ligningsloven. Hensynet til en *effektiv* og *enkel håndheving* av lovgivningen er for øvrig et hensyn av mer generell karakter, og bør også vektlegges ved illeggelse av andre typer forvaltnings sanksjoner enn tilleggsskatt.

I forarbeidene er det lagt til grunn at “man også i fremtiden vil måtte leve med at politiet og påtalemyndigheten ikke vil prioritere å straffeforfølge brudd på markedsføringsloven”.¹⁷⁶ Reelt sett er Forbrukerombudet og Markedsrådet derfor lovens eneste håndhevingsmyndigheter. Som nevnt var et av motivene bak innføringen av overtredelsesgebyr i markedsføringsretten begrunnet i Forbrukerombudets og Markedsrådets behov for sanksjoner som *effektivt* forhindrer eller stanser brudd på loven, og ønsket om en mer *reell håndhevingsmulighet*. Avgjørelsen i Rt-2007-1851 viser at ved vurderingen av hvilket beviskrav som gjelder, er det relevant å legge vekt på de hensyn som ligger til grunn for vedtakshjemmelen. Når det i tillegg er slik at motivet bak innføringen av overtredelsesgebyr bygger på hensynet til effektivitet, som

¹⁷³ Rt-1999-14 s. 25.

¹⁷⁴ Rt-2008-1409 avsnitt 64.

¹⁷⁵ Rt-2008-1409 avsnitt 64.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 161.

uavhengig av andre forhold taler for overvektsprinsippet, bør motivet tillegges desto større vekt.

Hovedargumentet mot å oppstille et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43, er at det kan vanskeliggjøre håndhevingen av regelverket. Hvis Forbrukerombudet og Markedsrådet blir forhindret fra å sanksjonere mot lovbrudd som følge av strenge beviskrav kan sanksjonen – på sikt – *miste sin preventive virkning*. En sanksjon som ikke virker preventivt vil heller ikke effektivt forhindre eller stanse brudd på loven. Et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt vil på sin side gjør det lettere å få ilagt overtredelsesgebyr, og dermed bidra til å *øke* sanksjonens preventive effekt. Overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven ilegges som en sanksjon for overtredelse av bestemmelser som er satt til å beskytte *forbrukernes interesser* mot næringsdrivendes ulovlige handlinger, og dersom håndhevingsorganene kommer til kort ovenfor lovbrysterne – hvem skal da ivareta forbrukernes interesser etter regelverket?

Dette forhold må likevel ikke overdrives. Forbrukerombudet og Markedsrådet har også andre sanksjonsmidler til rådighet,¹⁷⁷ som ikke nødvendigvis stiller like strenge krav til bevisets styrke.

I likhet med Graver og Hjelmeng er også Berg skeptisk til den vurdering som departementet la til grunn i konkurranselovens forarbeider vedrørende beviskravsspørsmålet:

“Det er ingen grunn til å sette akkurat konkurransereglene i en særstilling for så vidt gjelder *den alminnelige* interesse i at lover og regler overholdes. Departementets resonnement kan man nemlig overføre til en hvilken som helst samfunnssektor, og til et hvilket som helst straffebud. [...] Men likestiller man samfunnsinteressen og verneinteressen, så gjør man også ende på en av de mest sentrale rettssikkerhetsgarantier i vår rettskultur.”¹⁷⁸

At det ikke er grunn til å sette enkelte rettsregler i en særstilling hva gjelder interessen i at lover og regler overholdes, er for så vidt et holdbart argument. Men når det gjelder vekten av verneinteressen opp mot samfunnsinteressen må vi likevel ikke glemme at et

¹⁷⁷ Se mfl. § 39 første ledd.

¹⁷⁸ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 98.

vedtak om overtredelsesgebyr er en *administrativ sanksjon*, ikke formell straff, og sanksjonen er *økonomisk* – ikke frihetsberøvende. At rettsikkerhetshensyn gjør seg sterkt gjeldende i saker om formell straff er opplagt, og det strenge beviskravet i straffesaker viser også at verneinteressen – hensynet til å unngå at uskyldige blir dømt – anses for å veie tyngre enn samfunnets interesse i å bekjempe kriminell aktivitet. Det er likevel ikke opplagt at samfunnsinteressen bør vike på samme måte som i straffeprosessen når det er tale om å ilegge en sanksjon som ikke er formell straff. For som Berg selv påpeker er det slik at “forvaltningssanksjonene i all hovedsak befinner seg i det nedre sjiktet med hensyn til behovet for beskyttelse”.¹⁷⁹

4 EMK artikkel 6 – kravet til rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen

4.1 Innledende bemerkninger

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble – sammen med enkelte¹⁸⁰ av dens tilleggsprotokoller – inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven. Det følger av lovens § 2 at EMK skal gjelde som norsk lov, og konvensjonen er dermed en del av norsk intern rett. Ved motstrid med annen norsk lovgivning, har bestemmelsene i konvensjoner og protokoller i mnskl. § 2 forrang, jf. § 3.

Flere av bestemmelsene i konvensjonen kan ha betydning for sanksjonssaker.¹⁸¹ Her rettes fokus mot spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke der det er aktuelt å ilegge en sanksjon som utgjør straff i konvensjonens forstand. At overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven utgjør straff i denne forstand, er – som jeg straks kommer til – uten videre klart.

¹⁷⁹ Berg, *Forvaltningssanksjoner* s. 99. Berg er for øvrig av den oppfatning at det er rom for en nyansering av beviskravet ved illeggelse av forvaltningssanksjoner, men at dette bør skje innenfor rammen av det straffeprosessuelle beviskravet.

¹⁸⁰ Se opplistingen i mnskl. § 2 nr. 1 bokstav a-e.

¹⁸¹ Som nevnt kan f.eks. EMK P7-4 begrense adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og straff for samme handling.

4.1.1 Litt om norske rettsanvenderes fortolkning av EMK

De grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av EMK i norsk rett er trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen Rt-2000-996, og er senere gjentatt flere ganger, jf. plenumsdommene i Rt-2002-557 og Rt-2003-359. Domstolene skal

“[...] foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”¹⁸²

4.1.2 Kort om bestemmelsens innhold og formål

Det er særlig EMK art. 6 nr. 1 første punktum og nr. 2 som er av interesse for avhandlingens hovedproblemstilling. Bestemmelsene lyder slik i autentisk¹⁸³ engelsk tekst:

“Art 6. *Right to a fair trial*

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law [...].
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

Konvensjonsbestemmelsen stiller krav til en rettferdig rettergang i visse typer sivile saker og i straffesaker. De generelle grunnprinsippene følger av art. 6 nr. 1, mens nr. 2 (og nr. 3) presiserer visse minimumsrettigheter i straffesaker.¹⁸⁴

Prinsippet om retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1 (“fair hearing”) tar sikte på å vareta flere ulike hensyn, deriblant rettssikkerhet og forutberegnelighet.¹⁸⁵ Uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2 uttrykker at “enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist”.¹⁸⁶ Bestemmelsen bygger på hensynet til å unngå at uskyldige

¹⁸² Rt-2005-833 avsnitt 45.

¹⁸³ Engelsk og fransk er sidestilt som autentiske konvensjonstekster.

¹⁸⁴ Møse m.fl., kommentarer til EMK (norsk oversettelse) *Norsk Lovkommentar* note 51.

Minimumsrettighetene som følger av disse bestemmelsene er ikke uttømmende.

¹⁸⁵ Møse m.fl., kommentarer til EMK (norsk oversettelse) *Norsk Lovkommentar* note 54.

¹⁸⁶ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* s. 27.

dømmes, og medfører at rettsstaten ser det som en større ulykke at en uskyldig blir dømt, enn at en skyldig går fri.¹⁸⁷ Tilsvarende hensyn begrunner det strenge beviskravet i norsk straffeprosess.¹⁸⁸

Selv om uskyldspresumsjonen er skilt ut i en egen bestemmelse, må den sees i sammenheng med de generelle krav til en rettferdig rettergang som oppstilles i nr. 1.¹⁸⁹ De ulike enkeltbestemmelsene i art. 6 må tolkes i lys av artikkelens overordnede mål – å ivareta borgernes rettssikkerhet når en straffesak eller rettstvist blir avgjort.¹⁹⁰

Kjerneområdet for anvendelsen av EMK art. 6 er de tradisjonelle straffesaker.¹⁹¹ Der lovgiver har klassifisert sanksjonen som straff, se f.eks. strl. 1902 § 15, kommer art. 6 uten videre til anvendelse.¹⁹² Som nevnt er ikke overtredelsesgebyr formell straff, og i forarbeidene til markedsføringsloven er hjemmelen i mfl. § 43 vurdert til å gå klar av domskravet i Grl. § 96.¹⁹³ Mens lovgivers syn på rekkevidden av straffebegrepet i Grl. § 96 langt på vei har vært avgjørende for norske domstoler, har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) anlagt en mer dynamisk tolkningsstil ved tolkningen av straffebegrepet i EMK art. 6.¹⁹⁴ Tolkningsstilen beror på at EMK anses for å være et “living instrument” hvor bestemmelsene tolkes i lys av “the present-day conditions”.¹⁹⁵ Det er viktig å bemerke at ulike begreper i konvensjonen, f.eks. straffesiktelse (“criminal charge”) og straffbar handling (“criminal offence”), etter

¹⁸⁷ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* s. 80.

¹⁸⁸ Se punkt 2.3.3.

¹⁸⁹ Bertelsen, *EMK* s. 218.

¹⁹⁰ Bertelsen, *EMK* s. 135.

¹⁹¹ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 332.

¹⁹² Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 334.

¹⁹³ Se likevel punkt 1.2.1 om Sivilombudsmannens bemerkning til nettopp dette vedrørende overtredelsesgebyr etter akvakulturloven.

¹⁹⁴ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 334.

¹⁹⁵ Se EMDs dom av 25. april 1978 i saken *Tyrer v. the United Kingdom* (sak 5856/72) avsnitt 31.

EMDs praksis er gjenstand for en *autonom* tolkning.¹⁹⁶ Nasjonale begreper er dermed ikke avgjørende for tolkningen.¹⁹⁷

Spørsmålet om hva som utgjør straff i konvensjonens forstand, beror etter EMDs praksis på en vurdering av tre kriterier, vanligvis omtalt som “Engel-kriteriene”¹⁹⁸: nasjonal klassifikasjon, lovbruddets karakter og innholdet og alvoret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge.¹⁹⁹ I forhold til straffebegrepet i EMK art. 6²⁰⁰ er disse kriteriene i utgangspunktet alternative, men i tvilstilfelle (sanksjonen er f.eks. ikke straff etter intern rett) kan sanksjonen i stedet bli å betrakte som straff på grunnlag av kriterienes kumulative effekt.²⁰¹

Rettighetssubjektet etter art. 6 angis å være “everyone”, men tillegget “*his rights and obligations*” kan likevel tale i retning av at rettighetssubjektet er begrenset til fysiske personer.²⁰² I tråd med praksis fra EMD har imidlertid Høyesterett i en nylig avsagt kjennelse lagt til grunn at både fysiske og juridiske personer kan inneha de rettigheter som følger av art. 6.²⁰³ Sanksjonsutvalget hevder det samme i sin utredning.²⁰⁴

¹⁹⁶ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 341, Strandbakken, *Uskyldpresumsjonen* s. 250.

¹⁹⁷ Strandbakken mener imidlertid at mye kan tale for å tillegge den nasjonale rubriseringen avgjørende betydning, se *Uskyldpresumsjonen* s. 253.

¹⁹⁸ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 334. Kriteriene ble første gang oppstilt i EMDs dom av 8.juni 1976 i saken *Engel and others v. the Netherlands*(sak 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, og 5370/72), derav navnet “Engel-kriteriene”.

¹⁹⁹ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 334.

²⁰⁰ EMD har i en lang rekke avgjørelser fastholdt at straffebegrepet i EMK P7-4 er det samme som i EMK art. 6 og 7, men her har EMD nå endret kurs. I tillegg til de nevnte Engel-kriteriene skal det også benyttes et videre sett kriterier, og deretter skal det foretas en *samlet vurdering*, jf. Skoghøy, *Menneskerettsdomstolens straffebegrep* s. 193-194.

²⁰¹ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 336, Rt-2007-1217 avsnitt 40 med henvisning til EMD praksis.

²⁰² NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 94.

²⁰³ Rt-2011-800. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om vernet mot selvinkriminering, som er nedfelt i kravet til “fair trial” i EMK art. 6 nr. 1, også gjelder for juridiske personer. Etter gjennomgang av praksis fra EMD og EU-domstolen kom Høyesterett til at også selskaper er beskyttet av selvinkrimineringsprinsippet med mindre det foreligger holdepunkter for å gjøre unntak, og det gjorde det ikke her.

²⁰⁴ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 94-95.

Overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 kan som nevnt ilegges både fysiske og juridiske personer, og det er nå atskillig som taler for at det ikke er grunn til å sondre mellom disse to rettssubjektene hva gjelder de rettigheter som følger av EMK art. 6.²⁰⁵

4.1.3 Vedtak om overtredelsesgebyr – forholdet til EMK artikkel 6

I forarbeidene til markedsføringsloven fremkommer det at illeggelse av overtredelsesgebyr har en side mot EMK.²⁰⁶ Departementet fremhever her en uttalelse fra Sanksjonsutvalget, som påpeker at det er

“[...] grunn til å regne med at administrative sanksjoner, slik utvalget har definert dem i punkt 9.4 og 11.3 lett vil bli oppfattet som ‘criminal charge’ etter EMK artikkel 6[...]”.²⁰⁷

Departementet legger etter dette til grunn at det ikke kan ilegges overtredelsesgebyr og straff for samme handling,²⁰⁸ noe som klart taler i retning av at departementet anser overtredelsesgebyr for å utgjøre straff etter EMK art. 6. For øvrig har Høyesterett uttalt at overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 anses som straff etter denne bestemmelsen.²⁰⁹ Ettersom overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven har samme pønale formål som overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, samt stiller krav om subjektiv skyld, taler dette for at Høyesteretts uttalelse også er relevant for overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven.²¹⁰ For den videre drøftelse legges det til grunn at vedtak etter mfl. § 43 utgjør straff i konvensjonens forstand.

²⁰⁵ EMD har ikke tatt stilling til hva som gjelder i en sak om overtredelsesgebyr etter mfl. § 43, så helt sikkert er det ikke.

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 163-164.

²⁰⁷ NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 158.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 164.

²⁰⁹ Rt-2011-910 avsnitt 48

²¹⁰ At overtredelsesgebyr har en side mot EMK art. 6, hevdes også av Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* s. 322. Like etterpå tilføyer Strandbakken at dette medfører at de strafferettslige bevisreglene kommer til anvendelse. Som jeg straks kommer tilbake til, er nok dette et standpunkt som må modifiseres.

4.2 Praksis i tilknytning til EMK artikkel 6

Markedsføringslovens forarbeider tar ikke stilling til spørsmålet om uskyldspresumsjonen oppstiller et krav til bevisenes styrke ved illeggelse av overtredelsesgebyr.²¹¹ Praksis fra Høyesterett gir imidlertid holdepunkter for å anta at konvensjonen rommer et slikt krav.²¹² Den nyeste avgjørelsen gjelder for øvrig overtredelsesgebyr.²¹³

4.2.1 Kan det utledes et krav til bevisets styrke etter EMK art. 6 nr. 2?

EMK art. 6 nr. 2 lyder slik:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

Språklig sett er det ikke uten videre klart at bestemmelsen oppstiller krav til bevisets styrke i saker om straff etter konvensjonen. Selv om “until proved guilty” kan minne om en beviskravsregulering, følger det like etterpå at dette skal være bevist “according to law”, noe som kan tale for at bestemmelsen viser til *nasjonal rett*.²¹⁴ Dersom bestemmelsen skulle forstås på denne måten, ville det være opp til de nasjonale myndigheter å fastlegge hvilket beviskrav som skal gjelde ved illeggelse av sanksjoner som utgjør straff i konvensjonens forstand.

EMDs dom 7. oktober 1988 i saken *Salabiaku v. France*²¹⁵ gir imidlertid klare holdepunkter for å hevde bestemmelsen ikke skal forstås på denne måten. Klager hevdet at han var blitt dømt på bakgrunn av tollovens *presumsjon* om straffbarhet, og at dette stred mot EMK art. 6 nr. 1 og nr. 2, jf. avsnitt 15. Når det gjelder EMDs forståelse av hva som ligger i ordene “according to law” uttaler domstolen i avsnitt 28:

²¹¹ På bakgrunn av departementets uttrykkelige henvisning til Sanksjonsutvalgets uttalelser om at administrative sanksjoner “lett vil bli oppfattet som 'criminal charge' etter EMK artikkel 6 [...]”, ville det etter mitt syn vært naturlig å reise denne problemstillingen.

²¹² Rt-2005-833, Rt-2007-1217 og Rt-2008-1409.

²¹³ Rt-2011-910.

²¹⁴ Dette har også vært mindretallets standpunkt i Rt-2007-1217, se avsnitt 77, og Rt-2008-1409 avsnitt 179-180. Se også Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* s. 486-487.

²¹⁵ Sak 10519/83.

“Above all, the national legislature would be free to strip the trial court of any genuine power of assessment and deprive the presumption of innocence of its substance, *if the words ‘according to law’ were construed exclusively with reference to domestic law.* Such a situation could not be reconciled with the object and purpose of Article 6 (art. 6), which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law [...]” (min kursivering)

Uttalelsen viser klart at “according to law” ikke utelukkende kan innebære en henvisning til nasjonal rett,²¹⁶ ettersom domstolen da vil bli frarøvet sin reelle myndighet, samt at det vil tømme uskyldspresumsjonen for innhold. En slik situasjon vil være uforenlig med det overordnede formål i EMK art. 6, hvilket er å beskytte retten til en rettferdig rettergang og en rett for siktede til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist.

Selv om ordlyden ikke eksplisitt regulerer hvilket beviskrav som gjelder, er ikke dette i seg selv avgjørende. Etter EMDs praksis er det nemlig ikke grunnlag for noen streng ordlydsfortolkning av bestemmelsene – i stedet står formålsbetraktninger sentralt.²¹⁷ Som nevnt er uskyldspresumsjonen begrunnet i hensynet til å unngå at uskyldige blir dømt. At påtalemyndigheten har bevisbyrden, og at det opereres med et strengt beviskrav, er viktige elementer for å forhindre at uskyldige blir straffet.²¹⁸ Uskyldspresumsjonens formål taler derfor i retning av at bestemmelsen stiller krav til bevisenes styrke.²¹⁹

Det avgjørende holdepunkt i denne sammenheng må likevel være at EMD i en lang rekke avgjørelser har gitt uttrykk for at bestemmelsen inneholder et krav til bevisets styrke.²²⁰ Den grunnleggende avgjørelse er EMDs plenumsdom 6. desember 1988 i

²¹⁶ Høyesteretts flertall i Rt-2005-833 avsnitt 51-52, Rt-2007-1217 avsnitt 52 (under henvisning til Rt-2005-833) og Rt-2008-1409 avsnitt 81 flg. er her av samme oppfatning.

²¹⁷ Rt-2005-833 avsnitt 68.

²¹⁸ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* s. 68.

²¹⁹ Flertallet i Rt-2007-1217 avsnitt 53 og Rt-2008-1409 avsnitt 88 la til grunn at både ordlyd og formål ga holdepunkter for at EMK art. 6 oppstiller et krav til bevisets styrke. Mindretallet kunne ikke se at det følger et bestemt beviskrav av ordlyden, se Rt-2007-1217 avsnitt 77 og Rt-2008-1409 avsnitt 175.

²²⁰ Hvilket også er avgjørende for Høyesteretts flertall; Rt-2007-1217 avsnitt 53, Rt-2008-1409 avsnitt 88. Mindretallet er av motsatt oppfatning; Rt-2007-1217 avsnitt 85 og Rt-2008-1409 avsnitt 196.

saken *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*.²²¹ Om uskyldspresumsjonen uttaler EMD i avsnitt 77:

“Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and *any doubt should benefit the accused*.” (min kursivering)

Ordene “any doubt should benefit the accused” taler klart i retning av en beviskravsregulering – *enhver tvil skal komme tiltalte til gode*.²²² Etter EMDs metode tillegges den domstolsskapte retten betydelig vekt,²²³ og ved at uttalelsen i Barberà-saken er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser,²²⁴ taler dette for at uttalelsen anses som et prejudikat for dette syn. EMD har forøvrig ingen lære om at prejudikater er *bindende*, jf. EMK art. 30, men Elgesem nevner at det har blitt uttalt at prejudikater bør følges med mindre det foreligger “compelling, serious and objective reasons”.²²⁵

I dom av 20. mars 2001, *Telfner v. Austria*,²²⁶ bemerker EMD i avsnitt 15:

“The Court recalls that, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them, while it is for the Court to ascertain that the proceedings considered *as a whole were fair*, which in case of criminal proceedings *includes the observance of the presumption of innocence*. [...]” (mine kursiveringer)

²²¹ Sak 10590/83. Klagerne var funnet skyldig i drap eller medvirkning til drap, og da saken utvilsomt var beheftet med alvorlige saksbehandlingsfeil anførte klagerne at retten hadde vært forutinntatt til skyldspørsmålet. EMD forkastet anførselen, avsnitt 90-91. Sett under ett var saksbehandlingen likevel ikke tilfredsstillende, og EMD konstaterte brudd på EMK art. 6 nr. 1, jf. avsnitt 89.

²²² Se også Høyesteretts flertall i Rt-2007-1217 avsnitt 54, Rt-2008-1409 avsnitt 89.

²²³ Elgesem, *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode* s. 212. Det følger likevel av fotnote 21 at i tråd med alminnelig prejudikatlære må norske rettsanvendere likevel legge vekt på hvor parallelle saksforholdene er.

²²⁴ Se listen over avgjørelser i Rt-2007-1217 avsnitt 55.

²²⁵ Elgesem, *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode* s. 212.

²²⁶ Sak 33501/96. Saken gjaldt uaktsom forvoldelse av personskade med bil. EMD fant at de nasjonale domstoler ved hovedsakelig å bygge på politirapporten hadde snudd bevisbyrden fra påtalemyndigheten til tiltalte. Dette representerte en krenkelse av art. 6 nr. 2, se avsnitt 18 flg.

Deretter gjentas den ovenfor siterte uttalelsen i Barberà-saken. Hadde EMD i de senere avgjørelser vært uenig i den tolkning som følger av Barberà-dommen, ville det i lys av hva Elgesem påpeker, vært naturlig om EMD også uttrykkelig fravek denne tolkningen. Telfner-sakens gjengivelse av uttalelsen i Barberà-saken bekrefter i stedet at bestemmelsen skal forstås slik. Uttalelsen viser også at EMD anser uskyldspresumsjonen for å være et sentralt element i det overordnede krav om rettfærdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1.

Dommen 1. mars 2007 i saken *Geerings v. the Netherlands*²²⁷ gjaldt inndragning av vinning av straffbare handlinger, og det oppstod spørsmål om det forelå tilstrekkelig bevis for de handlinger som dannet grunnlag for inndragningen. I avsnitt 47 uttaler EMD:

“If it is not found *beyond a reasonable doubt* that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt. This can hardly be considered compatible with Article 6 § 2 [...]”.
(min kursivering)

De ovennevnte uttalelser kan vanskelig forstås på noen annen måte enn at uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke ved ileggelse av sanksjoner som utgjør straff etter art. 6. At dette er den naturlige forståelse av EMDs praksis, bekreftes av Høyesteretts flertall i Rt-2007-1217²²⁸ og Rt-2008-1409²²⁹. Dette fører over til spørsmålet om *beviskravets styrke*.

4.2.2 Oppstiller EMK art. 6 nr. 2 bestemte krav til bevisets styrke?

Den ovenfor siterte uttalelsen i Barberà-saken, som har blitt fulgt opp i senere avgjørelser fra EMD, viser at domstolen har lagt til grunn et krav om at “any doubt should benefit the accused” – enhver tvil skal komme tiltalte til gode. Dette beviskravet

²²⁷ Sak 30810/03.

²²⁸ Avsnitt 63.

²²⁹ Avsnitt 101. Mindretallet hevder på sin side at det er nærliggende å forstå konvensjonen slik at den nøyer seg med å fastlegge et grunnleggende prinsipp som en del av kravet til rettfærdig rettergang, men at den unnlater å regulere nærmere hvilket konkret beviskrav som skal stilles, se avsnitt 173.

er – iallfall rent språklig sett – ikke ulikt det kravet som tradisjonelt har blitt ansett for å være straffeprosessens beviskrav, noe som skulle tilsi at beviskravet er strengt.

I Geerings-saken ser det imidlertid ut som EMD modifierer beviskravet.²³⁰ Her ble det lagt til grunn et krav om “beyond a reasonable doubt” – utover rimelig tvil. Et krav om at de faktiske forhold skal bevises utover rimelig tvil, er ikke fullt så strengt som der *enhver* rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, men likevel strengere enn et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Mye taler for at EMK art. 6 nr. 2 ikke oppstiller et bestemt, men *nyansert* krav til bevisets styrke.²³¹ Uttalelsen i Telfner-saken²³² viser imidlertid at det sentrale elementet er om “the proceedings [...] as a whole were fair” – altså om kravet til rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1 er oppfylt.

Storkammerdommen 23. november 2006 i saken *Jussila v. Finland*²³³ illustrerer imidlertid at kravet til bevis vil kunne variere etter hvilken sanksjon det er tale om å ilegge. I avsnitt 43 uttaler EMD:

“There are clearly ‘criminal charges’ of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a ‘criminal charge’ by applying the *Engel* criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, *for example administrative penalties* [...].

Tax surcharges *differ from the hard core of criminal law*; consequently, the criminal-head guarantees *will not necessarily apply with their full stringency* [...]”.

(mine kursivering)

EMD bekrefter således at de krav som EMK art. 6 skal sikre i straffesaker, ikke kommer inn med full styrke ved illeggelse av sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferetten. At dette også gjelder det krav EMK art. 6 nr. 2 stiller til bevisets styrke, synes da å være forutsatt. I denne sammenheng har uttalelsen stor interesse fordi EMD nå uttaler seg om forhold som ligger nærmere vårt tilfelle.

²³⁰ Sitert ovenfor på s. 49.

²³¹ Se også flertallet i Rt-2007-1217 avsnitt 64. En viss gradering av beviskravet forekommer også i norsk straffeprosess, se punkt 2.3.6.

²³² Sitert ovenfor på s. 48.

²³³ Sak 73053/01. Saken gjaldt tilleggsskatt. At klager ble nektet muntlig forhandling av saken innebar ingen krenkelse av retten til rettferdig rettergang, avsnitt 48-49.

Overtredelsesgebyr er i likhet med tilleggsskatt, en forvaltningssanksjon som faller utenfor den tradisjonelle strafferetten.

Førstvoterende i Rt-2007-1217 mener i avsnitt 65 at den siterte uttalelsen fra Jussila-saken viser at

“Avhengig av hvor inngripende en forvaltningssanksjon er, vil kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter omstendighetene kunne tilfredsstillende kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. *Avgjørende må være hva det overordnede krav til rettferdig rettergang tilsier.* Ved denne vurdering må det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettsåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis.”²³⁴ (min kursivering)

I forhold til de konkrete saksforholdene i Rt-2007-1217²³⁵ og Rt-2008-1409²³⁶ fant flertallet at de aktuelle sanksjonene rett nok var inngripende, men av hensyn til en effektiv rettsåndhevelse måtte et krav om *klar sannsynlighetsovervekt* anses for å tilfredsstillende konvensjonens beviskrav. En uttalelse fra førstvoterende i Rt-2007-1217 gir for øvrig grunn til å spørre²³⁷ om Høyesterett i denne saken etablerte et minstenivå på klar sannsynlighetsovervekt for administrative sanksjoner som utgjør straff etter EMK art. 6:

“Siden tilbakekall av ervervstillatelser på grunn av brudd på fiskerilovgivningen må anses som straff etter EMK artikkel 6, kan det på den annen side *ikke være akseptabelt å stille lavere beviskrav.*”²³⁸ (min kursivering)

Uttalelsen kommenteres ikke av flertallet i Rt-2008-1409, men blir bemerket av talsmannen for mindretallet, dommer Endresen, som gir uttrykk for at uttalelsen er et obiter dictum:

“Den siste tilføyselsen, om at et lavere beviskrav ville være uakseptabelt, var imidlertid ikke avgjørende for den aktuelle sak.”²³⁹

²³⁴ Denne uttalelsen får tilslutning av førstvoterende i Rt-2008-1409, se avsnitt 104.

²³⁵ Avsnitt 66.

²³⁶ Avsnitt 105.

²³⁷ LB-2009-89085 punkt 4.

²³⁸ Rt-2007-1217 avsnitt 66.

²³⁹ Rt-2008-1409 avsnitt 167.

Uttalelsen kan dermed ikke tillegges samme vekt som det anførte *ratio decidendi*, men det er likevel interessant å se at Høyesterett i Rt-2007-1217 har gitt uttrykk for en slik oppfatning. Det tilsier jo at et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke vil oppfylle konvensjonens krav til bevisenes styrke, heller ikke der et slikt krav lar seg forene med kravet til en rettferdig rettergang. Det er vanskelig å se at et slikt standpunkt har særlig støtte i den ovennevnte praksis fra EMD.

I Rt-2008-1409 forelå det forøvrig knappest mulig flertall vedrørende den forståelse av EMK art. 6 nr. 2 som flertallet (seks dommere) la til grunn. Mindretallet, bestående av fem dommere, kunne vanskelig se at et krav *alminnelig sannsynlighetsovervekt* ved ileggelse av norsk tilleggsskatt innebar en krenkelse av art. 6 nr. 2.²⁴⁰

Flertallets standpunkt i Rt-2007-1217 og Rt-2008-1409 – EMK art. 6 nr. 2 stiller et krav om *klar sannsynlighetsovervekt* ved ileggelse av sanksjoner som utgjør straff i konvensjonens forstand – er opprettholdt i “Tine-saken”, Rt-2011-910. Høyesterett uttaler seg om beviskravet i avsnitt 48 (sitert i sin helhet på s. 31 ovenfor).

Det avgjørende for Høyesterett er at sanksjonen utgjør straff etter EMK art. 6, og når tidligere praksis har lagt til grunn at uskyldspresumsjonen stiller et krav om klar sannsynlighetsovervekt, må det samme gjelde her. Høyesterett slutter seg til lagmannsrettens vurdering, som under sin vurdering av EMK art. 6 nr. 2 uttalte:

“Lagmannsretten legger til grunn at det følger et krav til bevisets styrke av EMK art. 6 nr. 2. Beviskravet er operasjonelt og til en viss grad fleksibelt, men mye tyder på at den *nedre grensen* ligger *over alminnelig sannsynlighetsovervekt*. Hensynet til rettferdig rettergang innebærer at det er visse grunnleggende rettssikkerhetsvilkår som må ivaretas. Hvor strengt kravet til bevis er, avhenger av *sakens art* og hvor *inngripende* den sanksjonen som ilegges er. Hensynet til *effektiv håndhevelse* av reglene, og den enkeltes mulighet til å føre motbevis, er elementer som må trekkes inn ved vurderingen av beviskravet.”²⁴¹ (mine kursiveringer)

Beviskravets styrke etter EMK art. 6 nr. 2 beror på en vurdering av grunnleggende rettssikkerhets- og effektivitetshensyn, hensyn som er så vidt sammenfallende med de

²⁴⁰ Mindretallet fremhevet at skatteretten er et rettsområde hvor effektivitetshensynet gjør seg sterkt gjeldende, jf. avsnitt 218.

²⁴¹ LB-2009-89085 punkt 4.

hensyn som gjør seg gjeldende etter de rent interne norske rettskildefaktorene. Etter EMK art. 6 vil likevel det overordnede kravet til rettferdig rettergang være styrende for tolkningen.

Med dette som bakgrunn er det på tide å samle trådene: *Hvilket beviskrav gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43?*

5 Avslutning

Ved vurderingen av spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43, står vi overfor en interessant rettskildemessig situasjon.

Klare uttalelser i markedsføringslovens forarbeider viser at lovgiver har lagt til grunn at overvektsprinsippet er gjeldende. Forarbeidenes klare forutsetninger bygger i tillegg på et hensyn som tradisjonelt har fått gjennomslag for at overvektsprinsippet bør legges til grunn – hensynet til en *effektiv håndheving*. Lovgiverintensjonen har på den annen side ikke kommet til uttrykk i lovteksten selv.

I saker om andre lignende forvaltningssanksjoner viser rettspraksis at overvektsprinsippet kun danner et utgangspunkt, og at dette fravikes dersom det foreligger omstendigheter som taler for et strengere beviskrav, typisk begrunnet i hensynet til den enkeltes *rettssikkerhet*. I slike tilfeller må det foreligge *klar sannsynlighetsovervekt* for å kunne ilegge forvaltningssanksjonen.

I lys av denne praksis mener Markedsrådet og juridisk teori at det er grunn til å anta at det samme beviskravet må gjelde ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven. At de momenter som normalt taler for et krav om klar sannsynlighetsovervekt også kan gjøre seg gjeldende ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven, fremgår av redegjørelsen ovenfor.

I tre av avgjørelsene²⁴² var reelle hensyn riktignok avgjørende i et tilfelle hvor verken ordlyd eller forarbeider ga et klart svar.²⁴³ I forhold til markedsføringsloven stiller dette

²⁴² Rt-1999-14, Rt-2007-1217 og Rt-2008-1409.

seg annerledes, hvor forarbeidenes klare forutsetninger om at overvektsprinsippet skal gjelde, kompliserer bildet noe. Situasjonen er imidlertid den samme når det gjelder krrl. § 29, og i vår sammenheng er det derfor interessant at Høyesterett i Rt-2011-910 ikke finner grunn til å nevne forarbeidene overhodet. Det avgjørende for Høyesterett synes å være at illeggelse av overtredelsesgebyr utgjør straff etter EMK art. 6, og i lys av praksis fra EMD, har det i tidligere høyesterettspraksis blitt lagt til grunn at EMK art. 6 nr. 2 oppstiller et krav om klar sannsynlighetsovervekt.

EMD har imidlertid selv uttalt at de rettssikkerhetsgarantier som følger av EMK art. 6, ikke gjør seg gjeldende med samme styrke ved illeggelse av sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett. For slike sanksjoner oppstiller bestemmelsen et *nyansert* beviskrav. Det avgjørende i denne sammenheng synes å være om kravet til rettferdig rettergang er oppfylt, også med hensyn til det krav uskyldspresumsjonen stiller til bevisets styrke. Ved denne vurdering må det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettshåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis. Når det gjelder markedsføringsloven kan det argumenteres for at vi befinner oss på et rettsområde hvor effektivitetshensyn gjør seg sterkt gjeldende. Ut i fra det foreliggende rettskildematerialet er det for øvrig ingen *direkte* uttalelser fra EMD som skulle tilsi at et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av forvaltningssanksjoner er konvensjonsstridig, men mye tyder på at et slikt beviskrav ikke vil være tilstrekkelig.

I lys av at den nyeste høyesterettsavgjørelsen på dette området gjelder tilsvarende forvaltningssanksjon som i mfl. § 43, og at det i tillegg er snakk om et rettsområde som tar sikte på å beskytte de samme interesser, er det liten grunn til å tro at Høyesterett ville kommet til et annet resultat hva gjelder beviskravet etter mfl. § 43. Min konklusjon blir derfor at det ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 gjelder et krav om *klar sannsynlighetsovervekt*.

²⁴³ I alle fall etter flertallets mening.

6 Registre

Lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov
Straffeloven	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Markedsføringsloven	Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) - opphevet
Ligningsloven	Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
Lov om merking av forbruksvarer	Lov 18. desember 1981 nr. 90 om merking av forbruksvarer m.v.
Saltvannsfiskeloven	Lov 3. juni 1983 nr. 40 om saltvannsfiske m.v. - opphevet
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Kringkastingsloven	Lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting
Legemiddelloven	Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddelloven)
Politielloven	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politielloven)
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Helsepersonelloven	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
Elektronisk kommunikasjonsloven	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (elektronisk kommunikasjonsloven)
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur (akvakulturloven)
Markedsføringsloven	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
Sivilbeskyttelsesloven	Lov 25. juni 2010 nr. 45 om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven)
Edelmetalloven	Lov 3. september 2010 nr. 52 om varer av edelt metall mv.

Endringslov	Lov 17. desember 2010 nr. 87 om endringer i politilova m.m.
Folkehelseloven	Lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid (folkehelseloven) – i kraft 1.1.2012
Elsertifikatloven	Lov 24. juni 2011 nr. 39 om elsertifikater – ikke i kraft

Forskrifter

Forskrift 29. mars 2007 nr. 361	Om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven
Forskrift 1. juni 2009 nr. 565	Om urimelig handelspraksis
Forskrift 5. juni 2009 nr. 588	Om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 34 (1994-1995)	Om lov om endringer i lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
Ot.prp. nr. 72 (2006-2007)	Om lov om endringer i lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)
Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Innst. O. nr. 50 (2003-2004)	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.
Innst. O. nr. 20 (2008-2009)	Innstilling fra familie – og kulturkomiteen om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
NOU 2003: 12	Ny konkurranselov
NOU 2003: 15	Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff

Traktater

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950
EMK TP-7	Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1984

EU-/EØS-rettslig regelverk

2006/2004/EF	Europaparlaments- og rådsforordning av 27. oktober 2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning (forordningen om forbrukervernsamarbeid)
--------------	---

2005/29/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 ("direktivet om urimelig handelspraksis")

Praksis fra Høyesterett

Rt-1992-64

Rt-1999-14

Rt-2000-996

Rt-2002-557

Rt-2003-359

Rt-2005-833

Rt-2006-1348

Rt-2007-1217

Rt-2007-1851

Rt-2008-1409

Rt-2011-800

Rt-2011-910

Praksis fra lagmannsrettene

LB-2009-89085

Praksis fra tingrettene

09-139595TVI-OTIR/08

Praksis fra EMD

Engel and others v. the Netherlands

Tyrer v. the United Kingdom

Salabiaku v. France

Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain

Telfner v. Austria

Jussila v. Finland

Geerings v. the Netherlands

Praksis fra Markedsrådet

MR-sak 10/186

MR-sak 11/75

MR-sak 11/865

Sivilombudsmannens uttalelser

Somb-2009-92

Litteratur

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne: *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2006

Andenæs, Johs. og Myhrer, Tor-Geir: *Norsk Straffeprosess*, 4 utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009

Berg, Bjørn O.: *Forvaltningssanksjoner*, Universitetsforlaget, Oslo 2005

Bernt, Jan Fridthjof: "Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989 s. 265-294

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett, bind 1*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2010

Bertelsen, Tor Ehlers: *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2011

Boe, Erik Magnus: *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010

Eckhoff, Torstein: *Tvilsrisikoen (bevisbyrden)*, Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1943

Eckhoff, Torstein: "Effektivitet og rettssikkerhet i den offentlige forvaltning" i: *Rettferdighet og rettssikkerhet*, Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1966

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010

Elgesem, Frode: "Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode", *Lov og Rett* 2003 s. 203-230

Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind: *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2009

Graver, Hans Petter: "Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 465-498

Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling: *Norsk konkurranserett. Bind II: Prosess og sanksjoner*, Universitetsforlaget, Oslo 2006

Graver, Hans Petter: "Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 191-233

Hov, Jo: *Rettergang II*, Papinian, Oslo 2010

Kolflaath, Eivind: "Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger", *Jussens Venner* 2004 s. 279-304

Kolflaath, Eivind: "Bevist utover enhver rimelig tvil", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011 s. 136-196

Lunde, Tore m.fl.: *Markedsføringsloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2010

Robberstad, Anne: *Sivilprosess*, Fagbokforlaget, Bergen 2009

Sejersted, Fredrik mfl.: *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011

Skoghøy, Jens Edvin A.: "Menneskerettsdomstolens straffbegrep", *Lov og Rett* 2007 s. 193-194

Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumsjonen. "In dubio pro reo"*, Fagbokforlaget, Bergen 2003

Strandbakken, Asbjørn: "Grunnloven § 96", *Jussens Venner* 2004 s. 166-215

Stub, Marius: "Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?", *Lov og Rett* 2006 s. 628-632

Stub, Marius: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo 2010

Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2007

Nettdokumenter

Lignings-ABC 2011:

<http://www.skatteetaten.no/Upload/PDFer/04a%20101505%20GRMAT%20Lignings-ABC%202011%20113202%20L.pdf>

Norsk Lovkommentar:

<http://rettsdata.no>